وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجزائر
معهد العلوم القانونية والاداريه

استعمال الحق
كسبب للتبرير في القانون الجنائي

رسالة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الجنائي
تقدم الطالب : تحسين درويش
اشراف الاستاذ المبرز : محمد الشريف صالح باي

نوقشت الرسالة في : ..../............ 1985
من قبل السادة :

الدكتور : .... رئيسا
الاستاذ المبرز : محمد الشريف صالح باي .... مقررا
الدكتور : .... عضوا
الدكتور : .... عضوا
الدكتور : .... عضوا

الاهــــــداء .

==============

الــى كــل من لــه ولــها .. فضــل علــي ..

من المهـــد الــى الأبــد .. كـلمة شـــكر مع كـل

حــرف من حـروف هـذه الرسالة ، كـأقـل تمحل

علــى رد الجمـيل .

أنّ استعمال الحق – بصورة عامة – يعني ممارسته واستغلاله ، لئلا نتفاع بمزاياه .(1)

غير أنّ " استعمال الحق كسبب للتبرير " في القانون الجنائي ، يختلف عن مجرّد الاستعمال العادي للحق .(2)

ذلك أنّ " التبرير " يفترض وجود نظام قانوني يقرّر " حالات العقاب ، وحالات التبرير " أو الاباحة واستعمال الحق – موضوع الرسالة – يدخل في هذا المفهوم أو الاطار ، أي ضمن نصوص التبرير أو قواعد الاباحة .(3)

حيث أنّ صورة جريمة هنا ، مكتملة الأركان ، والمسئولية الجنائية ، بالنسبة للفاعل ، يكون الفعل فيها متعمّدا ، بشكل قتل أو جرح أو غيرهما من جرائم الاعتداء

---

(1) د : عبد المنعم فرج الصدة – اصول القانون – دار النهضة – بيروت 1978 .
د : ثروت انيس الاسيوطي – الحق – دار النهضة – القاهرة – 1974 .
د : فتحي الدريني – استعمال الحق ومدى تقييده . . مؤسسة الرسالة – 1977 .
(2) د : عثمان سعيد عثمان – استعمال الحق كسبب للاباحة – القاهرة – 1968 .
(3) د : علي راشد – القانون الجنائي – دار النهضة العربية – طبعة ثانية – القاهرة – 1974 – ص : 494 .
د : محمود نجيب حسني – أسباب الاباحة في القوانين العربية – أو التشريعات العربية – معهد الدراسات العربية – القاهرة – 1962 .

يقوم به الفاعل بنفسه ، دون اللجوء الى السلطة العامة أو طرق سبل العدالة ، مدعيا استعمال حق ، على الرغم من المبدأ الأصولي القائل : = أنه لا يجوز لأحد أن يأخذ الحق بنفسه =[1] ، أو = أن الانسان لا يقيم العدالة لنفسه =[2] ، والأكثر من ذلك ، أن القانون يساند ه فيما أقدم عليه ، بموجب = مبدأ التبرير في استعمال الحق =[3] هذا المبدأ الذي يظهر من حيث الشكل ، وكأنه يسمح لصاحب الحق ، أن يأخذ حقه بنفسه ، ويقيم العدالة لذاته ، ولو نتج عن فعله جريمة يعاقب القانون عليها أصلا .

الأمر الذي يتأتى أو ينتج عنه ، وقوع تناقض داخل النظام القانوني الواحد ، بين = مبدأ التبرير في استعمال الحق = ومبدأ = أن الانسان لا يقيم العدالة لنفسه = ، ثم اضفاء صفة الاباحة على الفعل ، باخراجه من نطاق = التجريم = ، ووضعه في دائرة = التبرير = ، حيث لا جريمة ، وبالتالي انتفاء كل مسئولية عن الفاعل .

---

(1) هذا القول للدكتور المبرز : محمد الشريف صالح بباي .

(2) د : محمود نجيب حسني ـ النظرية العامة للجريمة ـ القسم العام ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 1962 ـ ص : 181 . حيث جاء نص المبدأ .
ـ انظر المادة : 187 عقوبات ليبي حيث جاء نص هذا المبدأ صراحة .

(3) د : علي راشد ـ القانون الجنائي ـ ص : 495 .

ولعلّنا نتساءل ، أين هو « استعمال الحق » ومبدأ « التبرير » في القانون الجنائي ، اللذان أخذ نا عنهما موضوع الرسالة ؟

صحيح أنّ القانون الجنائي الجزائري ، لم ينصّ صراحة على « استعمال الحق ، ومبدأ التبرير » ، الاّ أنه جاء في الفصل الرابع من قانون العقوبات ، تحت عنوان « الأفعال المبرّرة » نصّ الفقرة الأولى من المادة / 39 / منه ، على أن :

لا جريمة : 1 ـ اذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون .[1]

فالقول : لا جريمة ، يعني تجرّد الفعل من صفة الجريمة ، بمعنى اخراجه من نطاق التجريم ، ووضعه في دائرة التبرير ، وهذا هو « مبدأ التبرير » في القانون الجنائي ، بصفة عامّة .

أمّا قوله : اذا كان الفعل قد ... أذن به القانون ، فان عبارة « اذن القانون » ، تعني أن يأذن القانون لصاحب الحق في استعمال حقه ، وهذا هو « استعمال الحق » .[2]

ان القانون الجنائي الجزائري ، لم ينصّ على مبدأ التبرير في استعمال الحق ، بصريح العبارة وكمبدأ عام ،

(1) انظر قانون العقوبات وتعديلاته ـ محمد طالب يعقوبي ـ الجزائر 1977 .
(2) د : عثمان سعيد عثمان ـ المرجع السابق ـ ص : 293 .

غير أن النص السابق (م : 39ف1ع) وبعض النصوص التي تعرضت الى هذا الموضوع ، لا يمكن فهمهما وتطبيقها بدون هذه النظرة ، كنص الفقرة الثانية من المادة : 39ع ، والمادة : 40ع ، اللتان تضمنتا حالة الدفاع المشروع ، والمادة : 308ع ، التي تضمنت حالة قيام الطبيب أو الجراح بعملية اجهاض اذا ما تطلبها انقاذ حياة الأم ، وكذلك المادة : 61 — من قانون الاجراءات ، التي تضمنت حق القاء القبض على المجرم المتلبس بجريمة الجنحة أو الجناية ، كما أن العرف — مؤيدا من قبل الفقه الجنائي — قد أقر حق ممارسة العمل الطبي والرياضي وحق التأديب بشأن الزوجة والأولاد ، مبيحا ما ينتج عن ذلك ، من ضرب أو جرح .. الخ ، كاستعمال حق.[1]

---

(1) من حيث نشأت = استعمال الحق كسبب للتبرير = فان الأنظمة القانونية القديمة ، تفيدنا بانها فكرة قانونية نشأت نتيجة للعرف.ثم اقرتها الشرائع والاديان ، كما انتقلت الى التشريعات والقوانين الحديثة ، هذه التشريعات الاوربية الحديثة ، وما اخذ عنها ، وعن الشريعة الاسلامية في القوانين العربية ، يلاحظ فيها تشابها فيما بينها - حول-استعمال الحق كسبب للتبرير ، وأن هذا التشابه لا يظهر فقط في الأفكار والاحكام فحسب بل وحتى في دمج فكرتي = اداء الواجب ، واستعمال الحق = في قاعدة قانونية واحدة ، وهذا هو حال التشريع الجزائري (م: 39ع)
ونظرا لهذا التشابه فقد اقتصرنا البحث على القانون الجنائي الجزائري ، الا أن الفقه قد انتهى الى فصل فكرة = استعمال الحق = عن اداء الواجب ، فصلا مسببا يقوم على اساس ما بينهما من فروق ونظرا لهذا الفصل ، فقد اقتصرنا البحث على = استعمال الحق= (انظر: د: اسحق ابراهيم منصور — ممارسة السلطة واثاره في قانون العقوبات — دار الرائد — 1974 . د: لعوابدي عمار — استعمال السلطة في القانون الجزائري — مكتبة المعهد — الجزائر — 1981 . د: عثمان سعيد عثمان — استعمال الحق — القاهرة — 1968).

وعليه : فان = مبدأ التبرير في استعمال الحق = ، موجود ضمنيًا في القانون الجنائي الجزائري ، وهذا راجع الى أنّ المشرّع الجزائري قد تأثر بقانون العقوبات وأحكام القضاء والفقه الفرنسي (م : 327ع).[1] فصاغ المادة : 39ع ، ج) على هذه الصورة الضمنيّة = لاستعمال الحق = ، في حين أن بعض القوانين العربية قد نصّت عليه صراحة .[2]

ومقصود الرسالة هو : استخراج هذا المبدأ

---

(1) = توصل القضاء والفقه الفرنسي الى استخلاص الاباحة من نص المادة : (327ع) وهي تقضي بأن لا جناية ولا جنحة اذا كان القتل والجرح والضرب قد امر به القانون وطلبته السلطة الشرعية ، ويرى الفقه الفرنسي وهو مجمع على هذا أن نص المادة : 327ع وان ورد بحسب منطوقه خاصا بحالات القتل والجرح والضرب ، الا انه يعتبر ضمنا أساسا لقاعدة عامة تبيح كل الجرائم الاخرى ، ثم يخلص الفقه الى نتيجة هامة وهي أن القانون لا يبيح فقط تلك الافعال التي التي يأمر بها ، وانما يبيح ايضا الافعال التي(يأذن بها) = (انظر : عثمان سعيد عثمان ـ المرجع السابق ص : 297) .

= ان مسألة اسباب الاباحة ، يوضح جليا ، أن مشرّع قانون العقوبات الجزائري ، تأثر بقانون العقوبات الفرنسي تأثرا كبيرا في الخطوط العامة والعريضة . كما تأثر المشرع الجزائري بالقضاء الفرنسي والحلول التي وصل اليها .. وفعلا فان المشرع الجزائري اقتبس نص المادة : 39ع ، الفقرة الاولى ، من قانون العقوبات واحكام القضاء الفرنسي فيما يتعلق بنص المادة : 327ع ف ، التي قصرت سبب الاباحة على امر القانون وامر السلطة الشرعية وحصره في ميدان القتل والجرح والضرب واضطر القضاء الفرنسي الى توسيع هذا الحق ليشمل جرائم مختلفة لا تنحصر في الاعتداء على سلامة الجسم ، واضاف (الاذن بالقانون) للأمر بالقانون ، وحذف امر السلطة الشرعية لترادفها مع الامر بالقانون ، لذلك فقد جاءت صياغة المادة : 39ف1ع ، متضمنة هذا الحل الذي وصل اليه القضاء الفرنسي مما يسمح بالقول ، ان المشرع الجزائري قنن أحكام القضاء الفرنسي .= (انظر : رضا فرج ـ شرح قانون العقوبات الجزائري ـ ص : 77) .

(2) انظر المواد : 60ع مصري . 182ع سوري . 41ع عراقي . 40ع تونسي . 124ع مغربي . 61ع ايطالي . 32ع سويسري . 64ع اثيوبي .

وتوضيحه ، مع اظهار أهميته كونه مبدأ عاماً ، ينبسط على سائر فروع القانون في النظام القانوني ، وبخاصة منها القانون الجنائي ، ثم محاولة جعل نظرية عامة "لاستعمال الحق كسبب للتبرير" في القانون الجنائي ، من خلال هذه الرسالة ، على الرغم من أن فكرة أو نظرية "استعمال الحق" تعود أساساً الى القانون المدني[1].

ولكن ما المانع من نقلها أو تعميمها على القانون الجنائي — مع وجود بعض الفوارق — سيما وأن فروع القانون في النظام القانوني الواحد متضامنة ومنسجمة في هذا النظام[2]، وأن منابع الحق واستعماله ، ترجع الى أصل واحد ، هو القاعدة القانونية[3].

وأخيراً ، جمع شتات أهم التطبيقات لاستعمال الحق ، سواء منها الجنائية أو العرفية ، على اعتبار أن "اذن القانون" يمكن اعتباره متضمناً "اذن العرف"[4]

---

(1) الدكتور: رمسيس بهنام ، يرجع أصل جميع تطبيقات "استعمال الحق كسبب للتبرير" الى القانون المدني ، حيث نص عليها ذلك القانون فنقلها المشرع الى القانون الجنائي ليصبغ عليها حمايته — انظر النظرية العامة للقانون الجنائي — منشأة المعارف — 1971 .

(2) د : محمود نجيب حسني — المرجع السابق — ص: 5 .

(3) د : عثمان سعيد عثمان — المرجع السابق — ص: 518 .

(4) الفقيه (بوزا) يرى "انه يمكن أن يتضمن (اذن القانون) ما يمكن تسميته بعبارة أدق (اذن العرف)" انظر عثمان سعيد عثمان ص: 334 — حيث جاء هذا القول .

٣٣٤٦٥٨

وذلك بالقيام: 1) بحل التناقض الظاهري ، بين مبدأ = أن الانسان لا يقيم العدالة لنفسه = ، و = مبدأ التبرير في استعمال الحق = ، بتكييفهما تكييفا قانونيا مستقيمين بتوضيح مفهومي (الاعتداء والرد على الاعتداء بالاعتداء) و (دفع الخطر) .

هذا المفهوم الجديد (دفع الخطر) هو الذي سنجعله محورا للرسالة ، في حل أمهات المشاكل والآراء التي تواجهنا خلال البحث .(1)

2) ثم ايجاد التحليل الصحيح — حسب رأينا — = لعلة التبرير = في استعمال الحق ، والسبب الرئيسي في جعل المشرع يقرر هذا الحق ، من جهة ، ويبرر الفعل ، من جهة ثانية . 3) وتأصيل فكرة = استعمال الحق = ، فيما اذا كان يعتبر (مانعا للعقاب) أم (سبب تبرير) ؟ حيث أن بعض التشريعات لا ترى فيه أكثر من سبب (مانع من العقاب) في حين تعتبره تشريعات ثانية (سبب تبرير) على اعتبار أن التبرير أو الاباحة فكرة قانونية ، تتمثل في موافقة القانون على ارتكاب الفعل ، متى أحاطت به ظروف خاصة — وهي برأينا ظروف دفع الخطر — وهو لذلك سبب موضوعي ، نظرا لاستخلاصه من تلك الظروف الموضوعية ، التي صاحبت

(1) انظر توضيحا لهذا المفهوم في الفصل الاول من الباب الأول من الرسالة .

الفعل دون اعتبار للظروف النفسية أو الشخصية التي تقوم في ذهن الفاعل [1]، وهذا ما يجعله يختلف عن كل من (موانع العقاب، وعدم المسئولية الجنائية)، ومن جهة، فهو أحد عناصر = نظرية أسباب الإباحة = التي لا بد أن يخضع لمفاهيمها وأحكامها. [2]

4) ز. ومن ثم البحث في = شروط التبرير استنادا الى استعمال الحق = ، ومحاولة تعميم حالة (حلول الخطر) كشرط أساسي ، الى جانب الشروط الأخرى ، على سائر تطبيقات استعمال الحق ، وعدم اقتصارها على حالة الدفاع المشروع ، الذي ما هو الا أحد تلك التطبيقات ، فلا داع لاستثناء الأخر منها : .

والاجابة على التساؤل : كيف يمكن أن تشترك فكرة (الخطأ) وفكرة (استعمال الحق) ، في نفس الوقائع أو بعبارة أخرى ، كيف يمكن لصاحب الحق أن يرتكب جريمة ، وهو في مجال ممارسته لحقه ؟.

ذلك أن الجريمة ، ان هي الا الأمر أو الواقعة التي يعتبرها القانون مخلة بالنظام العام ، أو أمن المجتمع

---

(1) الا أنه يترك للقاضي حرية الأخذ بتلك الظروف عند تقدير العقوبة بين حديها الأدنى والأعلى .(انظر :علي راشد القانون الجنائي ـ ص: 499).

(2) انظر : د ـ محمود نجيب حسني ـ أسباب الاباحة في التشريعات العربية ـ معهد الدراسات العربية ـ القاهرة ـ 1962 .

أو تعديا على حقوق خاصة أو عامّة [1] ، وهذا ما يتبيّن أو يتجلّى مثلاً في جرائم الأموال ، ومنها جريمة السرقة خاصّة بشكل واضح ، كونها تعديا على حق الملكيّة ، وأيضا في جرائم جرائم الاعتداء على الجسم ، كالضرب والجرح .. الخ ، كونها تعديا على سلامة الجسم أو حق الانسان في سلامة جسمه وحياته ، مما يستظهر ، أنّ التعدي على الحق الفردي يعتبر أساساً كافياً في حد ذاته لتجريم الواقعة أو الفعل ، وحيث لا جريمة في (استعمال الحق) ، فاذا ما ارتكب صاحب الحق المتهم ، الخطأ المنسوب اليه أثناء ممارسته حقه ، فما هو العنصر الذي يتغلّب في النهاية على الآخر ، هل هو عنصر البغي أو العدوان ، الذي يمحو أو يوقف النص الشرعي المبيح ، بحيث يخرج الفعل من (دائرة التبرير) معيداً ايّاه الى (نطاق التجريم) صابغاً عليه الصفة الجنائية ، على اعتبار أنه خاضع في الأساس الى نص تجريم ، أم هو عنصر (استعمال الحق) ، كونه — دفعاً للخطر — فهو الذي يؤخذ بعين الاعتبار

---

(1) عرف قانون العقوبات البولوني الجريمة بأنها = فعل خطر من الناحية الاجتماعية = . والفقه التقليدي يعتبرها (فكرة قانونية) بينما الفقه الحديث يعتبرها (واقعة اجرامية) انظر : د : احمد فتحي سرور — اصول قانون العقوبات — القسم العام — 1971 ص: 15 . د: رؤوف عبيد — مبادئ القسم العام — دار الفكر العربي — 1979 ص: 52 . محمد أبو زهرة — الجريمة في الفقه الاسلامي — دار الفكر العربي — ص: 24 . د: عوض محمد — الوجيز في قانون العقوبات — القسم العام — ص: 14 .

والأولوية على غيره ، فيبرر الوقائع ويؤسسها على القانون ؟

وعما اذا كان يعود ارتكاب الخطأ ، الى جهل في القانون ، أم الى غلط في الوقائع أم الى تجاوز في الاستعمال؟ وما معيار التجاوز في استعمال الحق ، ترى هل ينحصر في = نظرية التعسف في استعمال الحق = كما هي في القانون المدني ، والتي يعتمدها الفقه الجنائي ، أم في = نظرية التناسب = المعتمدة في الدفاع الشرعي والمؤسسة على مفهوم — دفع الخطر — كما نراها ؟

5) وأخيرا التطرّق الى أهم مجالات تطبيق استعمال الحق ، (1) بجمل كلّ من : الدفاع الشرعي (م : 39ف 2 — 40ع) والقاء القبض على المجرم المتلبس بجريمة الجنحة أو الجناية (م : 61 اجراءات) ، واجهاض الأم التي يتهدّدها خطر الحمل (م : 308ع) ، احدى أهم التطبيقات الجنائية لاستعمال الحق ،

(1) ان معظم تطبيقات استعمال الحق كسبب للتبرير ، نجد اساسها في العرف بدليل وجود تلك التطبيقات في الاعراف والتقاليد القديمة ، ثم اقرتها الشرائع والاديان كحق الدفاع الشرعي وسلطة الزوج على زوجه المطلقة ، وسلطة الاب على اولاده ، وكذلك ممارسة الطب من قبل فئة الكهنة ، وممارسة بعض الالعاب الرياضية في كل من بلاد : بابل ومصر والصين القديمة ، حتى انتقلت الى القانون الروماني ومن ثم التشريع الفرنسي عام : 1810م حيث قنن بعضها في التشريعات الحديثة كما هي عليه اليوم . انظر د : محمود السقا — فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية — ص : 28 . د : ثروت انيس الاسيوطي — الحق — ص : 75 . د : احمد الشطي — تاريخ الطب وادابه — دمشق 1967 . د : عباس عبد الفتاح الرملي : المبارزة — دار الفكر العربي — القاهرة — 1979 . د : عبد الحميد احمد — الملاكمة — دار الفكر العربي — ط 3 — 1978 .

وحق النقد ، بشكل قذف أو سب ، الذي يتضمنه الدستور (م : 53 و 55) ، وحق التأديب ، بالنسبة للزوجة والأولاد ، الذي يتضمنه قانون الأسرة (م : 222).

كذلك حق ممارسة الطب والرياضة ، كاحدى التطبيقات العرفية ، سيما وأن الفقه الحديث يتجه إلى التوسع في تفسير نصوص الاباحة أو التبرير ، بجعل عبارة " اذن القانون " ، متضمنة " اذن العرف ".

تلك على ما نعتقد ، نقاط تستأهل البحث ، كما توضح خطة الرسالة ، حيث تقسم الى ثلاثة أبواب يكون موضوع :

الباب الأول : تبرير استعمال الحق في القانون الجنائي .

الباب الثاني : شروط التبرير استنادا الى استعمال الحق .

الباب الثالث : أهم تطبيقات استعمال الحق .

البـاب الأول .

تبـريـر استـعمال الحـق في القـانـون الجنـائـي .

تقديم :

أن تقرير الحقوق ظاهرة اجتماعية كغيرها من الظواهر (1) ، فلا غرابة اذا ما حظي = استعمال الحق = بتبرير القانون الجنائي ، بموجب المادة : 39 عقوبات ، حيث (لا جريمة مع اذن القانون) وذلك باقراره = مبدأ التبرير في استعمال الحق = ، هذا المبدأ الذي يسمح لصاحب الحق بممارسة حقه دون الاستعانة بالسلطة العامة أو جهاز العدالة ، مما يعني - حسب الظاهر - اقامة صاحب الحق العدالة لنفسه ، أو أخذ حقه بنفسه ، في حين نجد أن من الأصول المقررة = أنه لا يجوز لأحد أن الحق بنفسه = أو أن الانسان لا يقيم العدالة لنفسه = ، أفلا يعتبر هذا تناقضا بين المبدأين .

أم ان ذلك يعني خضوع = مبدأ التبرير في استعمال الحق = الى أحكام = نظرية أسباب الاباحة = ، تلك النظرية التي تقرأ من حيث مضمونها (الاباحة) لدى البعض ، وكأنها تتناقض مع القانون الجنائي ، من حيث مضمونه (التجريم) والذي قد احتواها في احدى نصوصه ، فماذا عن هذه النظرية والآراء حول = علّة التبرير في استعمال الحق = والتي نراها ممثلة في (دفع الخطر) ، وما آثار استعمال الحق ، واختلافه عن كل من : موانع العقاب ، وعدم المسئولية الجنائية .

هذا ما نبحثه خلال هذا الباب ، مقسما الى فصلين :

الفصل الأول : استعمال الحق أو اذن القانون .

الفصل الثاني : خضوع استعمال الحق الى نظرية أسباب الاباحة .

---

(1) د : محمود السقا - فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية - ط2 دار الفكر العربية 1978م - ص : 28 .

الفصل الأول : استعمال الحق أو اذن القانون .

نبحث هنا ، ما اذا كان القانون الجنائي ، يقرر مبدأ التبرير في استعمال الحق ، حيث نستخرج هذا المبدأ من مضمون المادة : 39ف1 ع ، ثم نتبين حالات تطبيقه ، والمقصود من تعبير " اذن القانون " وما اذا كان " التبرير في استعمال الحق " مبدأ عاما ، يشمل سائر فروع القانون في النظام القانوني للدولة . ثم نعمد الى ازالة التناقض بين " مبدأ أن الانسان لا يقيم العدالة لنفسه " ومبدأ " التبرير في استعمال الحق " وذلك بتكييف كلا المبدأين تكييفا قانونيا ، يوضح مفهومهما الحقيقي ، وذلك في ثلاثة مباحث : المبحث الأول : استخراج مبدأ التبرير من القانون الجنائي ، المبحث الثاني : لا يجوز لأحد أن يأخذ الحق بنفسه ، المبحث الثالث : حل التناقض بين المبدأين .

المبحث الأول : استخراج مبدأ التبرير من القانون الجنائي .

تنص المادة : 39 فقرة أولى عقوبات على أن :

لا جريمة :

1 — اذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون .[1]

(1) انظر المواد : 60ع مصري . 182ع سوري . 41ع عراقي . 40ع تونسي 124ع مغربي . 32ع سويسري . 64ع اثيوبي . 61ع ايطالي . 327ع فرنسي .

هذا النص قد عبّر بوضوح ، عن مبدأ التبرير أولا بإباحة أو انعدام الصفة الاجرامية في الفعل .

فالمادة : 39 عقوبات ، تقرّر بادئ ذي بدء ، على أن :

= لا جريمة = .

فقولها لا جريمة ، يعني تجرّد الفعل من صفة الجريمة ، أو الاجرام ، بمعنى اخراج الفعل من دائرة التجريم ، ووضعه في نطاق التبرير .

وهذا هو : = مبدأ التبرير = في القانون الجنائي بشكل عام .

الذي يعدم الصفة الاجرامية ، ويبرر الفعل ، أو يبيحه ، كونه لا جريمة ، أي لا يشكل في نظر أو مفهوم القانون جريمة .(1)

ومبدأ التبرير هذا ، كما هو واضح من نص المادة : 39ع يطبّق في حالتين :

1) أمر القانون .(2) 2) واذن القانون .

وقد استعمل المشرّع لفظ = اذن القانون = ، والقصد من هذا التعبير ، هو أن يأذن القانون ، لصاحب الحق في استعمال حقه .

---

(1) أنظر : د : علي راشد — القانون الجنائي — دار النهضة — طبعة ثانيه — 1974م — ص : 500 .

(2) أمر القانون يعني ما يسمى : أداء الواجب أو ممارسة السلطة ، وهو بحث نستبعده عن موضوع الرسالة لما بين أداء الواجب ، واستعمال الحق من فروق ، أنظر بشأن هذا ، د : لعويدي عمار — استعمال السلطة في القانون الجزائري — د : سليمان الطماوي نظرية التعسف في إستعمال السلطة — د : اسحق ابراهيم منصور — ممارسة السلطة وآثارها . (المراجع) .

وعليـه :

فالمادة : 39 عقوبات ، تنص على أن لا جريمة ، اذا كان الفعل قد .. أذن به القانون .

فالفعل هنا ، اذا ، هو : استعمال حق ، قد أذن به القانون ، كما يبرره ، حيث : لا جريمة .

وهذا هو : مبدأ التبرير في استعمال الحق .

مما يعني ، أن استعمال الحق يحظى أو ينال تبرير القانون الجنائي ، بموجب = مبدأ التبرير في استعمال الحق = .

هذا المبدأ - على ما نرى - مبدأ عام ، يطبق بصورة استعمال حق ، على سائر فروع القانون ، في النظام القانوني للدولة ، سواء كان مصدر الحق القانون الجنائي ، أو غيره .

ذلك أن كلمة (قانون) الواردة في نص المادة : 39 عقوبات تعني مجمل القوانين ، أو مطلق القانون [1] ، والفقه مستقر على هذا [2] .

في حين يرى البعض في عبارة (اذن القانون) أنها يمكن أن تتضمن (اذن العرف) [3] .

(1) المعروف أن المطلق يؤخذ على اطلاقه .

(2) د : رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائي - ص : 341 .

(3) يقول الفقيه : بوزا) : = يمكن أن يتضمن اذن القانون ما يمكن تسميته بعبارة أدق / اذن العرف / انظر كتاب د : عثمان سعيد عثمان - استعمال الحق ص : 334 .

ونحن نؤيد هذا الاتجاه ،على اعتبار = أن العرف ليس فقط يدخل في معنى القانون فيما نحن بصدده ، وانما هو المرجع الأول لبيان ما هو عدوان ، وما هو مشروع من الأعمال ، التي تقع على الأشخاص أو الأموال ، لأن العرف هو أصدق تعبير عن ضمير المجتمع وارادته =(1)

وبذلك فان = مبدأ التبرير في استعمال الحق = يشمل حق الدفاع الشرعي ، المباح لكل شخص وجد في حالة تستدعي = دفع الخطر = مضمون الفقرة الثانية من المادة : / 39ع ، وحق الاجهاض ، المباح للطبيب أو الجراح لانقاذ حياة أم يتهدد ها خطر الموت ، مضمون المادة : 308ع ،وحق القاء القبض على مجرم متلبس بجريمة الجنحة أو الجناية ، مضمون المادة : 61 — من قانون الاجراءات .. الخ ، وكذلك الحقوق المستمدة من العرف ، كحق ممارسة الطب والرياضة والتأديب .. الخ .(2)

ولكن ألا يتناقض مبدأ التبرير في استعمال الحق ، مع مبدأ = أن الانسان لا يقيم العدالة لنفسه أو = أنه لا يجوز لأحد أن يأخذ الحق بنفسه = ، وما السبيل الى ازالة هذا التناقض أو حله ؟

---

(1) د : علي راشد — المرجع السابق — ص : 501 .
ومن هنا سادت القاعدة في التعامل المدني او التجاري = المعروف عرفا كالمشروط شرطا = .

(2) د : فتحي الدريني — استعمال الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده — 1977 موسسة الرسالة — ص : 254 .

المبحث الثاني : لا يجوز لأحد أن يأخذ الحق بنفسه .

هذا المبدأ ، يعني : = أن الانسان لا يقيم العدالة لنفسه = أي اذا كان الحق محل أو موضوع نزاع ، فلا يحق لمن يدعيه أن يستوفيه أو يأخذه بنفسه ، مقيما العدالة لنفسه . (1)

بل يتوجب على كلّ من يدعي حقا ، أن يسلك سبل القضاء ، أو الاحتماء بالسلطة العامة ، لحماية حقه ، أو انهاء النزاع فيه ، فالقضاء كفيل باحقاق الحق ، وايصال كلّ ذي حق الى مبتغاه ، وتأمين الأمن والعدل .

انّ مبدأ = لا يجوز لأحد أن يأخذ الحق بنفسه = حديث عهد ، اذ هو من ثمار الدولة الحديثة ، دولة القانون ، وسيادة القانون .

حيث لم يكن معروفا ، ولا مطبّقا في الجماعات القديمة ، التي كان توقيع الجزاء فيها عند الاعتداء ، أو موكولا الى الفرد ذاته ، أو الى عشيرته ، يتولهانه بصورة انتقام أو ثأر ، أو قصاص ، فردي أو اجتماعي والى مالا نهاية .

حيث تستمر نار الحرب بين العشائر ، والتي كانت تدوم عشرات السنين ، بحيث كانت عشيرة المجني عليه تثأر بالانتقام من عشيرة الجاني ، وكانت المسئولية تضامنيّة بين أعضاء

(1) انظر :
د : محمود نجيب حسني – القسم العام – ص : 181 .
– والمادة : 187 عقوبات ليبي ، حيث تنص صراحة على هذا المبدأ .

كل عشيرة ، نتيجة للحياة الجماعية التي تحياها .
فهم جميعا معرضون للثأر ، وملتزمون به ، وذلك نظرا لعدم وجود سلطة مركزية منظمة فوق العشائر ، تضع حدا لمثل هذه النزاعات أو الاعتداءات ، فالدفاع الذاتي والرد على الاعتداء باعتداء آخر ، سمة ذلك العهد ، ويعد في تلك الجماعات ، رد الفعل الطبيعي والوحيد لديها ، فلا قواعد ملزمة ، تسهر على تنفيذها أجهزة القهر والجبر ، وانما تسود حياتهم أعراف قبلية ، أخذوا بها كما يرغمن كابر.[1] فأخذ الحق باليد ذات ، والاعتداء ، والرد على الاعتداء بالاعتداء ، هي القاعدة السائدة ، حيث شريعة الأقوى شريعة الغاب .

أما اليوم ، ومع ظهور الدولة الحديثة ، فان فض النزاع وتوقيع الجزاء ، قد أصبح امتيازا للدولة ، ومن اختصاص السلطة العامة ، تتولاه أجهزتها الأمنية والقضائية ، باسم المجتمع ، ولصالح المجتمع ، سيما وهي كفيلة بالوصول الى نفس الغاية التي يريدها المعتدى عليه ، عن طريق مباشرتها حق العقاب الاجتماعي .[2]

(1) من تلك الاعراف قولهم : ومن لايظلم الناس يظلم . انصر أخاك ظالما أو مظلوما .
= يلعمروان لم تدع ذي ومنقصتي . . اضربك حتى تقول الهامة أسقوني =
د : ثروت انيس الاسيوطي - مبادىء القانون (1) القانون - ص : 29 .
د : محمود السقا - فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية - ص : 28 .
- من الموصف اننا ما زلنا نعيش تلك الاعراف في معظم الريف العربي السوري .
= قيل لاعرابي : ما حقك ؟ فاجاب : من حقي ان اغزو جاري ، وليس من حقه غزوي
انظر في ذلك : احمد امين - فجر الاسلام .

(2) د : محمد الفاضل - المبادىء العامة في التشريع الجزائي - ص : 331 .

فلم يحد يسمح لمن تعرّض الى أي اعتداء أو ضرر أن يقتضي حقه بنفسه أو بيده ، بشكل ثأر أو انتقام أو قصاص مشكّلا بذلك اعتداء آخر ، مقيما العدالة لنفسه .

بل عليه أن يلجأ في ذلك الى السلطة العامة ، وفقا للاجراءات التي رسمها القانون .

وهكذا ، أصبح من الأصول المقررة في الدساتير أو القوانين = أنه لا يجوز لأحد أن يأخذ الحق بنفسه = أو = أن الانسان لا يقيم العدالة لنفسه = ، وحيث يكون الحق محل نزاع ، فاذا كان الحق متنازعا عليه ، لا يجوز لمن يدعيه أن يقرره لنفسه بنفسه ، وانّما عليه أن يسلك السبل المرسومة في القوانين ، لتقرير ونيل الحقوق عند النزاع امّا بالاحتماء بالسلطة العامة في حال الاستعجال ، وامّا باللجوء الى القضاء في حالة التراخي ؛ فذلك أدعى الى تحقيق الأمن والطمأنينة ، ممكّنا جهاز العدالة من الوصول الى الحقيقة ، واقامة العدل ، الذي هو أساس الحكم .

لم ينصّ القانون الجنائي الجزائري ، حرفيا على هذا المبدأ ، ولكن يمكن ردّه الى = مبدأ المشروعية في الدولة أو سيادة القانون = ، (1) حيث يكون القانون هو (الحكم) بين أفراد المجتمع في منازعاتهم ، من جهة ، وبين أفراد المجتمع والسلطة في الدولة ، من جهة ثانية .

ولكن ، هل التبرير في استعمال الحق ، في صورة ارتكاب جريمة ، كما هو ظاهر الحال ، يحتم الرجوع الى الوراء ، الى حالة ما قبل مجتمع القانون ؟

---

(1) انظر المادة : 6 من الدستور الجزائري ، وصفحة : 80 من الميثاق . وانظر د : طعيمة الجرف ـ مبدأ المشروعية في الدولة ـ ط. 4 ـ مكتبة القاهرة 1973 .

المبحث الثالث : حل التناقض بين المبدأين .

يمكن القول بأن التناقض بين مبدأ = أنه لا يجوز لأحد أن يأخذ الحق بنفسه = أو : أن الانسان لا يقيم العدالة لنفسه = وبين مبدأ = التبرير في استعمال الحق = هو تناقض من حيث الظاهر ، ليس الا ، أما من حيث المضمون ، فلا تناقض البتة ، والتكييف الصحيح الذي نراه لكلا المبدأين يقوم على توضيح مفهومين : = الاعتداء ، والرد على الاعتداء بالاعتداء = و = دفع الخطر = ، وهذا ما نبحثه في مطلبين : المطلب الأول : الاعتداء والرد على الاعتداء بالاعتداء .
المطلب الثاني : دفع الخطر .

المطلب الأول : الاعتداء والرد على الاعتداء بالاعتداء .

لكي يقال أن هناك اعتداء على حق ما ، فان هذا يعني أن الفعل ، قد أرتكب وانتهى تماما ، كأن يضرب أحد آخر ، ويفترقا ، بحيث يبقى المجال مفتوحا ، أو هناك متسع من الوقت ، أمام صاحب الحق المعتدى عليه ، للاحتماء بالسلطة العامة ، أو مراجعة سبل العدالة ، لتقرير وأخذ حقه عن طريقها ، سيما وأن العدالة كفيلة

للوصول الى نفس الغاية التي يتوخاها صاحب الحق ، عن طريق ممارستها حق العقاب الاجتماعي ، وذلك أدعى الى الطمأنينة واستتباب الأمن .(1)

وعليه : فالاعتداء ، يعني وقوع الفعل وانتهائه ، أو أن الجريمة ، قد تمت وانتهت ، بدون رد أي فعل من قبل المجني عليه ، وهذا ما يشكل نزاعا من الطرفين .

فماذا ما ترك صاحب الحق المعتدى عليه ، سبيل القضاء سالكا طريق أخذ حقه بنفسه ، يعتبر في هذه الحالة قد قام باعتداء جديد ، وبأنه قد رد على الاعتداء باعتداء آخر ، وهذا ما يعتبره القانون انتقاما موضوعا فالنية سيئة عدوانية ، انتقامية ، والطريق غير مشروعة ، وبأنه : قد أخذ حقه بنفسه ، أو أقام العدالة لنفسه .

وهكذا يكون : الرد على الاعتداء بالاعتداء ، مصادا للقول : أن الانسان يقيم العدالة لنفسه ، ومتناقضا مع القول : = أنه لا يجوز لأحد أن يأخذ الحق بنفسه = . فما مفهوم = مبدأ التبرير في استعمال الحق = ؟

(1) د : محمد الفاضل — مرجع سابق — ص : 332 .

د : محمود نجيب حسني — مرجع سابق — ص : 181 .

د : علي راشد — القانون الجنائي — دار النهضة — طبعة ثانية — ص : 505 .

د : عبد المنعم فرج الصدة — أصول القانون — دار النهضة — بيروت — ص 20 .

د : محمود السقا — فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية — دار الفكر — ص 18 .

د : طعيمة الجرف — مبدأ المشروعية — مكتبة القاهرة الحديثة — 1963 ص 10 .

المطلب الثاني : دفع الخطر .

ولكي يقال أن هناك = خطر = فهذا يعني أن خطرا ما، يهدد حياة انسان ما أو ماله ، أو معيشة أسرة ، أو مصلحة عامة ، وشيك الوقوع أو هو في مجرى النفاذ فعلا ، ليشكل اعتداء أو تهديدا للحياة ، ولكنه لم ينته بعد ليكون اعتداء ، وأن الطرف الآخر الذي يهدده هذا الخطر ، أو يهدد حياة أو مال غيره ، لا يجد المجال أو المتسع من الوقت للاحتماء بالسلطة العامة أو الالتجاء اليها ، أو مراجعة القضاء لدفع هذا الخطر .

فيعمد هو بنفسه أو محرضا غيره لدفعه ، فيرتكب فعلا يعاقب عليه القانون ، بشكل جريمة ، كضرب أو جرح أو قتل ، الخ .

هنا في هذه الحالة وأمثالها ، لا يقال بأنه قد ارتكب اعتداء ، أو قام الفاعل برد الاعتداء بالاعتداء ، وانما الفعل يدعى = دفع الخطر = .

هذا الدفع للخطر ، الذي هو أصلا من واجب السلطة العامة ، التي لم يتأت لها الحضور الفوري ، كحالة الدفاع الشرعي ، والقاء القبض على مجرم متلبس بجريمة أو القيام بعملية اجهاض لأم مهددة بالموت ، الخ .

فان القانون أعطى الحق ، وأذن لمن وجد في مثل هذه الظروف ، بالقيام بدفع الخطر ، مستندا الى اباحة أو تبرير القانون وأذنه /م 39ع/ بما ستحما له ولو نتج عن فعله هذا ، وقوع جريمة مستكملة الأركان والمسئولية الجنائية ، من حيث الشكل ، الا أن القانون اعتبر الفعل من حيث جوهره وواقعه الاجتماعي ، لا يشكل جريمة البتة ، لأن وضع المدافع في حالة = دفع الخطر = يشبه وضع من يؤدي واجبا ، لا من يستعمل حقا فحسب ، والواجب لا عقاب على فعله ، بل العقاب على تركه ، أضف الى ذلك نفيه فكرة الاعتداء ، محققا مصلحة عامة أولى بالاعتبار. وهذا هو حال = مبدأ التبرير في استعمال الحق = الذي لا يتناقض مع مبدأ = أن الانسان لا يقيم العدالة لنفسه = . ذلك أن المشرّع يوازن بين الأفعال التي يرتكبها أفراد المجتمع ، فاذا ما رأى فعلا منها يشكّل اعتداء أو ردّا على اعتداء ، جرّمه وعاقب عليه ، معتبرا فاعله معتديا ، أو مقيما العدالة لنفسه ، ضاربا عرض الحائط المبدأ الأصولي = أنّه لا يجوز لأحد أن يأخذ الحق بنفسه = مستهينا بالسلطة العامّة أو جهاز القضاء .

أمّا اذا ما رأى الفعل المرتكب وان أخذ صورة الجريمة شكلا ، الا أنّه من حيث الأساس لا يعتبر جريمة ، بل هو = دفع لخطر جريمة = أو حياة يتهدّدها الموت أو معيشة أسرة أو مصلحة عامة ، الخ ، عمد المشرّع الى تبريره ،

أو إباحة ، نافيا عنه صفة الجريمة ، باعتباره يحقق في جوهره (مصلحة أولى بالاعتبار) معتبرا إياه = استعمال حق = .

مما لا يتنافى مع القول = أنه لا يجوز لأحد أن يأخذ الحق بنفسه ، أو أن الانسان لا يقيم العدالة لنفسه = ، بل يتطابق معه على درب العدالة.(1)

ونتيجة على ما تقدم :

فان ما بحثناه في موضوع هذا الفصل = استعمال الحق أو اذن القانون = ، وحول ازالة التناقض بين مبدأ = لا يجوز لأحد أن يأخذ الحق بنفسه ، = ومبدأ = التبرير في استعمال الحق = .

حيث تبين لنا : أن استعمال الحق ، يحظى بتبرير القانون الجنائي الجزائري ، بموجب المادة : 39ف1ع ؛ وأن لا تناقض بين المبدأين أعلاه ، الا من حيث الظاهر أما المضمون ، فواحد في كليهما .

الا أن اعتبار القانون = حالات دفع الخطر = ، كاستعمال حق ، وتسميتها = بالحقوق = لنا وقفة عندها .

(1) د : علي راشد — المرجع السابق — ص : 505 .
د : محمد الفاضل — مبادئ التشريع الجزائي — القسم العام — دمشق — ص : 332 .

فلو استعرضنا تلك = الحقوق = التي اعتبرنا ممارستها كاستعمال حق أباحه وأذن به القانون، كحق الدفاع المشروع، وحق إلقاء القبض على مجرم متلبس بجريمة، وإنقاذ حياة الأم بعملية إجهاض. الخ، لرأينا أن هذه التسمية = كحقوق = لا تصدق عليها تماما، والذي نراه أن تسميتها بالحقوق، هو من باب التسامح لا الحقيقة.

لأنها في جوهرها أو ماهيتها، تعتبر = واجبات = على أصحابها، أو من يتعرضون لها، أكثر منها = حقوق = لهم.

ذلك أن من يحمي نفسه أو ماله أو نفس أو مال الغير، أو من ينقذ حياة الأم من خطر موت يتهددها، بعملية إجهاض، أو مريض بعملية جراحية، أو من يلقي القبض على مجرم متلبس بجريمة، أو من يؤدب زوجا أو ولدا الخ يستعمل حقا أم يؤدي واجبا ؟

أوليست هذه الأفعال تشكل = واجبات = قبل أن تكون حقوقا ؟

صحيح أن استعمال الحق، يختلف عن أداء الواجب، حيث أن استعمال الحق فيه خيار، وأن أداء الواجب فيه إجبار، وأن من لا يستعمل حقه لا يسأل، وأن من لا يؤدي واجبه يسأل.

ولكن أين هو الخيار في مثل هذه الحالات ، وأين وجه الحق فيها ؟

ان الحق هنا لا ينشأ ، أو لا يجوز استعماله الا في لحظة وقوع الخطر ، فهل دفع الخطر حق أم واجب ، والمدافع عامة يستعمل حقا أم يؤدي واجبا .؟

والحقيقة أن القانون أو المشرّع ،لم يرد أن يثقل كاهل الناس بالواجبات ، فالواجب أثقل من الحق ، فخلع على هذه الأفعال صيغة حقوق ، تخفيفا عليهم ، لكي لا يكون في الأمر حرج ، حيث = لا يكلّف الانسان الا بما في وسعه = ، [(1)] من جهة ، ولكي يضعهم أمام مسئوليا تهم في أمور تمس أخص ما في حياتهم ، الجسمية ، المالية ، التربوية والمعيشية ، جاعلا من مفهوم المصلحة العامة ، ومن ضمائرهم حافزا ورقيبا .

---

(1) د : محمود محمود مصطفى - القسم العام - ص: 157 .
د : عثمان سعيد عثمان - المرجع السابق - ص: 87 .
- عبد القادر عودة - التشريع الاسلامي الجنائي - جزء أول - ص: 470 .
د : فتحي الدريني - استعمال الحق - ص: 344 .
د : محمود نجيب حسني - القسم العام - ص: 182 .

الفصل الثاني : خضوع استعمال الحق لنظرية أسباب الاباحة .

تقديم :

اذا ما اعتبرنا أن ممارسة الحق أو استعماله يعفي صاحبه من العقاب ، وكذلك من المسئولية ، فلا بد من ادماجه ، أو ادخاله ضمن النصوص التي تبيح أو تبرر هذا الاستعمال في القانون الجنائي ، باعتبار أن نصوص التجريم تتميز بالقوة الآمرة ، ولا يمكن ايقاف تنفيذها ، الا بنصوص تخالفها أو توقفها ، على أن لا يكون هناك (اعتداء متبادل) ، وانما يقع (خطر اعتداء) ، يقابله (دفع للخطر) كرد فعل ، ممثلا باستعمال الحق مثلا ، فيؤثر الشارع مصلحة على أخرى ، لأن المصلحة التي تكتسب أو تجنى من اباحة الفعل ، أكبر من المصلحة التي تتحقق بالمعاقبة عليه ، أو لأن فائدة (المدافع) في ممارسة حقه بدفع الخطر ، أولى بالاعتبار أو الرعاية من مصلحة المعتدي ، المتسبب بقيام حالة الخطر ، مما يستلزم دفع هذا الخطر ، وتبرير الفعل .

ومن هنا كان لابد أن يخضع استعمال الحق ، الى قواعد = نظرية أسباب الاباحة أو أفعال التبرير = الامر الذي يدعونا ، الى أن نتبين هذه النظرية ، في القانون الجنائي الجزائري ، والتطرق اليها من حيث : تعريفها ، واختلافها عن مفهوم الاباحة بصورة عامة ، ومن ثم بيان أنواعها ، وعناصرها ، حيث

استعمال الحق ، أحد هذه العناصر ، وكذلك تبيان علّة التبرير في استعمال الحق ، وأثر هذا الاستعمال على الفاعل ، لذا نقسّم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث : المبحث الأول : لنظرية أسباب الاباحة . المبحث الثاني : لعلّة التبرير في استعمال الحق . المبحث الثالث : أثر استعمال الحق .

المبحث الأول : نظريّة أسباب الاباحة.

لا بدّ من التعريف بنظرية أسباب الاباحة ، حيث تختلف الآراء حول هذه التسمية ، ثم بيان أنواعها من خاصّة وعامّة ، وأيضا التعرف على عناصرها حيث خضوع استعمال الحق لأحكامها ، باعتباره أحد تلك العناصر اذا لم يكن النظريّة كلها ، على رأي البعض.
وذلك خلال هذا المبحث ، في المطالب الثلاثة الآتية :
المطلب الأول : التعريف بأسباب الاباحة. المطلب الثاني : أنواع أسباب الاباحة. المطلب الثالث : عناصر أسباب الاباحة.

المطلب الأول : التعريف بأسباب الاباحة.

جاء النصّ على = نظرية أسباب الاباحة = في قانون العقوبات ، المادة : 39 منه ، تحت اسم = أفعال التبرير = ، وبعض القوانين تطلق عليها أسم = أسباب الاباحة أو أسباب التبرير = ، ترجمة لنصّنا = Causes de justification = (1)

(1) انظر في هذا : علي راشد - القانون الجنائي - ص : 495 .
Stefani - levasseur: Droit penal general-36-Ed- P:I53-I75-Paris _ I976.

والتسمية ـ على ما نرى ـ في كل صحيحة ، فهي أفعال ، وهي أسباب تبرر أو تبيح ، لذا ، فهي أفعال تبرير ، وهي أسباب اباحة أو تبرير .[1]

الا أن لفظ = الاباحة = بصورة عامة ، ينصرف الى معنى = التخيير بين فعل الشيء وتركه ، أو الأمر الذي خير الشارع بين فعله وتركه = ،[2] مما يدخل في باب الحريات العامة .

أما عبارة = أسباب الاباحة = ، فهي اصطلاح خاص ، في القانون الجنائي .

فأسباب الاباحة ، هي أفعال أو حالات ، يبرز فيها بحسب الظاهر ، أن فعلا ما ، يشكل جريمة ـ كالقتل أو الجرح .. الخ ، نظرا لتوافر أركان الجريمة ، المعاقب عليها قانونا ، ومع ذلك لا يشكل الفعل أو الواقعة جريمة ، في نظر القانون .

فيعتبر مباحا أو مبررا ، وبالتالي لا مسئولية على فاعله مع أنه خاضع أصلا لنص تجريم ، في احدى مواد قانون العقوبات .[3]

---

(1) د : محمد الفاضل ـ مبادئ التشريع الجزائي ص : 326 .
(2) محمد سلام مدكور ـ الاباحة عند الفقهاء والاصوليين ص : 285 .
(3) انظر المواد : 261 . 264 . 298 . 299 . 304 عقوبات جزائري .

وذلك اما لاعتباره (أداء واجب ، اذا أمر به القانون) أو (استعمال حق ، اذا أذن به القانون) ،[1] — كحالة رجل الأمن الذي يطلق النار على مجرم فار من وجه العدالة ، أو حالة من يدافع عن نفسه ، فيضرب أو يجرح أو يقتل ، .. الخ .

وقد عرفها بعض فقهاء القانون الجنائي ، بقولهم : = هي حالات انتفاء الركن الشرعي ، بناء على قيود واردة على نطاق نص التجريم ، تستبعد منه بعض الأفعال =[2] أو هي = ظروف خاصة بمن تعرض له ، من شأنها أن تجرد الفعل من صفته الاجرامية =[3] ، على اعتبار أن الفعل في جوهره ، لا يشكل اعتداء ، ولا جريمة الا من حيث الظاهر أو الشكل ، ليس الا .

كما سماها البعض بأنها = حالات المشروعية = أو انعدام الصفة الاجرامية ،[4] في حين دعاها آخر بأنها = استثناء من الاستثناء = ،[5] ونستطيع أن نعرفها نحن بأنها : = حالات دفع الخطر الذي أباحه القانون =[6] على اعتبار أن الفعل هو دفع للخطر لا أكثر ، وقد أباحه القانون .

---

(1) المادة : 39 ف 1 عقوبات جزائري .
(2) د : محمود نجيب حسني — القسم العام — ص : 164 .
(3) د : محمد الفاضل — المرجع السابق — ص : 327 .
(4) د : علي راشد — المرجع السابق — ص : 495 .
(5) د : أحمد فتحي سرور — المرجع السابق — ص : 7 .
(6) تعريفنا هذا مستمد من (علة التبرير) انظر المبحث الثاني التالي من هذا الفصل .

المطلب الثاني : أنواع أسباب الاباحة.

نتطرّق هنا أوّلاً ، الى التمييز بين الاباحة ، بشكل عام ، والى أسباب الاباحة ، ثمّ نعمد ثانيا ، الى تبيان أنواع أسباب الاباحة ، من خاصّة وعامّة .

أوّلاً : التمييز بين مفهوم الاباحة وأسباب الاباحة :

لاحظنا أن بعض الفقهاء ، يخلطون بين مفهوم (الاباحة بصورة عامّة ، التي هي خارجة عن نطاق القانون الجنائي ، المعتبرة من الحريّات العامة ، المباح اتيانها أو عدم اتيانها ، كحرية البيع والشراء ، والتنقل والزواج ، الخ وبين مفهوم = أسباب الاباحة = التي هي من صميم موضوعات القانون الجنائي ، ويبحثون في المفهومين في نطاق دراسة هذا القانون ، وتحت اسم = أسباب الاباحة = .(1)

وعليه : فهم يقسّمون (الاباحة) من حيث طبيعتها الى :

1) اباحة أصليّة أو عاديّة ، وهي التي لا يصطدم فيها

(1) د : رؤوف عبيد - مبادئ القسم العام - دار الفكر - ط 4 - ص 495 ، 1979 .
د : محمود نجيب حسني - اسباب الاباحة - 1962 - ص : 51 .
د : محمود مصطفى - القسم العام - ص : 143 د : رمسيس بهنام - المرجع ص 323

سلوك الانسان بنص القانون ، وهذه كما نرى تدخل في نطاق الحريات العامة ، وليست الاباحة المقصودة في القانون الجنائي ، أي أسباب الاباحة .

2) واباحة طارئة أو استثنائية ، وهي التي يصطدم فيها سلوك المرء بنص القانون ، وهذه هي في الحقيقة = أسباب الاباحة = في القانون الجنائي ، ضمون المادة : 39 عقوبات ، وكما عرفها فقهاء هذا القانون.(1)

ثانيا : أنواع أسباب الاباحة :

قسم الفقهاء = أسباب الاباحة = ـ ونحن مع هذا التقسيم ـ من حيث أشخاص مستعمليها ، الى نوعين :

1) أسباب عامة ؛ وهي التي يباح استعمالها للكافة ولا تتطلب أية شروط في شخص مستعملها ، فهي لعموم الناس ، اذا ما توافرت حالات قيامها ، كحق الدفاع الشرعي ، والقاء القبض على المجرم المتلبس بجريمة الجنحة أو الجناية .. الخ .

2) وأسباب خاصة : وهي التي لا يباح استعمالها الا

(1) د : أحمد فتحي سرور ـ القسم العام ص : 220 .
د : محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ص : 143 .
د : رمسيس بهنام ـ القسم العام ص : 323 .

لأشخاص عينهم القانون بصفات يجب أن تتوافر فيهم ، كصفة الموظف لممارسة أداء الواجب ، والزوج لممارسة حق تأديب الزوجة ، والولي الشرعي لممارسة حق تأديب الأولاد .. الخ .(1)

المطلب الثاني : عناصر أسباب الاباحة وخضوع استعمال الحق لأحكامها .

من خلال نص المادة : 39 عقوبات جزائري ، نستطيع أن نتبين عناصر أسباب الاباحة ، حيث جاء فيها :

لا جريمة :

1 — اذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون .

2 — اذا كان الفعل قد دفعت اليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع .(2)

---

(1) د : عبد الوهاب حومد — الحقوق الجزائية — دمشق — 1963 — ص: 157 .
د : رضا فرج — شرح قانون العقوبات الجزائري — ص: 326 .
د : ابراهيم زكي اخنوخ — حالة الضرورة — ص: 56 (انظر الهامش) .

(2) — بعض الشراح ، وكذلك بعض القوانين العربية (السوري مثلا) — يعتبر (رضاء المجني عليه) عنصرا من عناصر أسباب الاباحة — في حين لا يعتبره البعض الآخر عنصرا فيها ، وقد ارجأنا البحث في هذا الموضوع الى الباب الثاني ، حيث شروط التبرير استنادا الى استعمال الحق ، وهناك نناقش الموضوع فيما اذا كان يعتبر سببا للتبرير أم لا يعتبر .

ومن هذا النص ، يتبيّن أنّ عناصر " أسباب الاباحة " هما اثنان :

آ — أمر القانون ، وهذا هو أداء الواجب .

ب — اذن القانون ، وهذا هو استعمال الحق .

وباعتبار أن " الدفاع المشروع " حق ، فهو يدخل ضمن اذن القانون ، أي ضمن " استعمال الحق " ، ولا داعٍ لاعتباره عنصرا ثالثا .

في حين يرى البعض ، امكانيّة رد عناصر الاباحة ، الى عنصر واحد ، هو استعمال الحق باعتبار أنّ " المكلّف بالواجب هو صاحب حق على محل الواجب " ، وان كان لا يستطيع ترك هذا الحق . (1)

ونظرا لعدم هذا الترك في أداء الواجب ، يبرز الفرق بين كلّ من استعمال الحق ، وأداء الواجب .

ونرى ، اعتبار عناصر الاباحة ، عنصرا واحدا ، ولكن ممثّلا " بأداء الواجب " وليس باستعمال الحق ، نظرا لأنّ " حالات دفع الخطر " أي حالات " أسباب الاباحة " ، ممّا لا يمكن تركه ، وهنا يتحد استعمال الحق بأداء الواجب ، فعلا لا قانونا .

(1) د : محمود نجيب حسني — القسم العام — ص: 157 .
— عبد القادر عودة — التشريع الجنائي الاسلامي — ج 1 — ص: 470 .

وعليه ؛ فان عناصر أسباب الاباحة — كما نرى — في القانون الجنائي الجزائري ، عنصران : أداء الواجب واستعمال الحق ، وبذلك يكون = استعمال الحق ، خاضعا لأحكام هذه النظرية لأنه أحد عناصرها.(1)

---

(1) — في التشريعات العربية والأجنبية ، استعمال الحق أحد عناصر أسباب الاباحة ، (انظر : عثمان سعيد عثمان — المرجع السابق ص: ٥.
انظر المواد : 60ع مصري ، 182ع سوري ، 41ع عراقي .
— أسباب الاباحة في الشريعة الاسلامية عنصران : (استعمال الحق ، وأداء الواجب) عبد القادر عودة — المرجع السابق — ص: 470 .
Roux (J): Cours dedroit criminel français-2é ed-1927p:181.
- Donnedieu de fabres: traité élémentaire de droit criminel- 1947 - p : 245 .
- Garraud : traité theorique et pratique de droit penal français - 3é ed - 1935 - p: 327.
- Garçon : code penal annoté - 1901 _ 1911 - p: 155.
- Bouzat : traité theorique et pratique de droit penal - 1951 - p : 167 .

المبحث الثاني : علّة التبرير في استعمال الحق .

تضاربت الآراء حول علّة الاباحة أو التبرير ، في استعمال الحق ، فهناك من يراها : في المشروعية الاستثنائية ، وآخر يردّها الى نصّ القانون ، وثالث يرجعها الى انتفاء علّة التجريم ، ورابع يرى تحقيقها في الملاءمة والمصلحة الاجتماعية ، وخامس يعلّلها ، بصراع المصالح ، وسادس يراها في الدافع النبيل ،

ونحن نبحث هذه الآراء ، بعد محاولة حصرها في ثلاثة علل (علّة قانونية — علّة مادية — علّة شخصيّة) ، ثم نقول رأينا المتمثل أساسا في علّة = دفع الخطر = .

أولا : العلّة القانونية :

تتمثّل هذه العلة القانونية ، حسب رأي القائلين بها ، في = المشروعيّة الاستثنائية = (1) و = نصّ القانون = (2) .

(1) د : أحمد فتحي سرور — القسم العام — ص : 7 .

(2) عبد القادر عودة — التشريع الجنائي الاسلامي — ج 1 — ص : 467 .

— محمد سلام مدكور — الاباحة عند الاصوليين — ص : 143 .

1) المشروعية الاستثنائية :

يرى هذا الفريق بأن "علة الاباحة في استعمال الحق" تتجلى في "المشروعية الاستثنائية" على اعتبار أن القانون قد رسم لكل جريمة (أنموذجا) قانونيا، فلا تقع الجريمة الا اذا تطابق الفعل مع هذا الانموذج القانوني، فاذا لم تحدث المطابقة، توافر ما يسمى "بالمشروعية العادية أو الاباحة الاصلية" أما اذا حدثت المطابقة مع الانموذج القانوني للجريمة، ووجد نص قانوني يبيح الفعل، استنادا الى احدى القواعد المبيحة، هنا تتحقق ما يسمى "بالمشروعية الاستثنائية".

ومثاله : أن القانون قد جرم (الضرب والجرح والقتل)، بموجب مواد قانونية، معتبرا الفعل يشكل جريمة، الا أن الفعل اذا حصل (دفاعا عن النفس) بموجب المادة : (39 – 40) عقوبات، وأمثالها في القوانين الاخرى، حصلت "المشروعية الاستثنائية" وحظي الفعل بالتبرير أو الاباحة.

ونرى : أن هذه ليست هي (علة التبرير) وانما تصح أن تكون مستندا للتبرير، لا لحكمته أو سببه.

2) نص التشريع :

يرى فقهاء الشريعة الاسلامية ، أن علة الاباحة في استعمال الحق ، ترجع الى نص التشريع ، اذ الأصل في الشريعة الاسلامية من الناحية الجنائية ، أن الأفعال المحرمة ، محظورة على الكافة بصفة عامة ، الا أن استعمال الحقوق ، وأداء الواجبات ، هو الذي يبيح اتيان الأفعال المحرمة على الكافة ، ويمنع من مؤاخذة الفاعل ، لأن الشريعة جعلت له حقاً في اتيان الفعل المحرم — كما في استعمال الحق — أو ألزمته باتيانه — كما في أداء الواجب — فأباحت له بذلك اتيان ما حرم على الكافة .

فالضرب ولو كان غير مبرح (الذي يؤلم ولا يترك أثراً) محرم على الكافة ، الا أنه أبيح للزوج على زوجه ، وللولي على أولاده للتأديب .. الخ .

وهذا الرأي كما نرى ، يتفق مع الرأي السابق ، الذي يرد علة الاباحة في استعمال الحق ، الى نص القانون في احدى قواعده المبيحة ، كالمادة : 39 عقوبات .(1)

---

(1) د : عبد الوهاب حومد — المرجع السابق — ص : 159 .
— محمد سلام مدكور — المرجع السابق — ص : 251 .

ثانيا : العلّة الماديّة :

وتعودّ هذه العلة المادية الى ثلاثة آراء (انتفاء علة التجريم ـ الملاءمة والمصلحة الاجتماعيّة ـ صراع المصالح) ، ونحن نبحث في هذه الآراء .

1) علّة الاباحة في انتفاء علّة التجريم :

يرى أصحاب هذا الرأي ، أنّ علة الاباحة في استعمال الحق ، تعود الى أنّ = علّة التجريم ، وعلّة الاباحة ، مرتبطتان ، بحيث يمكن استخلاص ثانيهما من أولاهما ، فعلة التجريم هي حماية حقّ أو مصلحة ، وعلّة الاباحة هي انتفاء علّة التجريم ، بمعنى أنّ الاباحة حكم يستنتج بمفهوم المخالفة من نص التجريم ، اذا ما انتفت علّته = ؛[1] أي أن الفعل أو الواقعة لا تشكل عدوانا .

وهذا يعني أنّ علة الاباحة في استعمال الحق ، هي في انتفاء الاعتداء ،أو العدوان على الحق المحمي ، علما بأن هذا الحق لم يعد محميّا لتعرّضه لاعتداء من قبل الغير ، لأنّ حق أو مصلحة الغير هذا ، أولى بالرعاية والاعتبار من الحق الأول .

(1)د : محمود نجيب حسني ـ القسم العام ـ 327 .

2) علة الاباحة في الملاءمة والمصلحة الاجتماعية :

هذا الفريق من الفقهاء ، يرى أنّ علّة الاباحة في استعمال الحق ، هي في = تحقيق الملاءمة والمصلحة الاجتماعية =(1) ، على أساس أنّ السبب المبيح ، ما هو الاّ ظرف مادي واقعي ، اكتنف اتيان الفعل ، أو السلوك المشتمل على عناصر الجريمة ، فجعل لهذا السلوك في حكم قانون ما ، من القوانين وصف السلوك المباح ، وبالتالي صار وصفه هذا ، محل اقرار في القانون الجنائي ، باعتبار أن استعمال الحق ، قد تضمّنته قوانين غير جنائية ، وأنّ صورته في القانون الجنائي ، ما هي الاّ تلك الصورة التي أعطيت له في تلك القوانين .

وهذا يعني : ـ امّا أن علّة الاباحة تعود الى أنّ الواقعة أو الفعل في استعمال الحق ، هو فعل مباح أصلا ، في القوانين غير الجنائية ، فأباحه القانون الجنائي ، وتلك هي الاباحة الاصلية ولا شأن للقانون الجنائي بها .

ـ وامّا أنّ علة الاباحة ، تعود الى تحقيق الانسجام في النظام القانوني للدولة ، ويمكن أن يكون هذا الغاية من التبرير ، ولا يصح أن يكون علّة التبرير .

(1) د : رمسيس بهنام ـ القسم العام ـ ص : 337 .
د : محمود محمود مصطفى ـ القسم العام ـ ص : 78 .

3) صراع المصالح :

هذا الرأي يرجع علة الاباحة في استعمال الحق الى " صراع المصالح " باعتبار أن وظيفة نصوص التجريم ونصوص الاباحة ، على حد سواء ، في الديالكتيك ، هي حل الصراع بين المصالح المتعارضة ، على نحو يحقق مرحلة أكثر تقدما .

حيث تنصب قواعد التجريم على جانب - عدم المشروعية - وقواعد الاباحة ، على جانب - المشروعية - ، وبفضل الغاية العامة للنظام القانوني ، تطبق هذه القواعد أو تلك ، وفقا لما اذا كانت الصفة الأولى أو الثانية في السلوك هي القائمة ، تبعا للعلاقات المتبادلة بين المصالح في الصراع " .(1)

وهذا يعني في النهاية ، أن علة الاباحة في أستعمال الحق ، تتجلى في الغاية العامة للنظام القانوني ، وهذا ما يتفق مع الرأي القائل في أن علة الاباحة هنا تتحقق في انسجام القوانين داخل النظام القانوني الواحد ، وتفضيل المشرع مصلحة على أخرى كونها أولى بالاعتبار ، ولكننا نرى أن هذا ليس هو السبب الحقيقي في التبرير .

(1) د : ابراهيم زكي أخنوخ - حالة الضرورة - ص : 56 .

ثالثا : العلّة الشخصية :

وهنا نتساءل ، هل يصح أن يكون = انتفاء الدافع المجرّم ، الذي يدفع الجاني الى ارتكاب الجريمة ، واستبداله بدافع نبيل = ، سببا أو علّة لتبرير الفعل ؟ كمن يجهض امرأة بناء على طلبها أو بدافع تلبية رغبتها ، دون أن يكون هناك خطر يهدد ها ، أو من يعطي المريض سمّاً يعجّل بوفاته ، بدافع الاشفاق عليه للتخلّص من آلامه المبرحة .. الخ .

والمعلوم أنه = لا يؤثر في قيام الجريمة (نبل الدافع أو شرف الغاية) ، اذ لا يعتبر الدافع أو الغاية عنصرا للتجريم ، وان كان لهما أثرهما لدى القاضي في تقدير العقاب =.(1)

واذا كان الأمر كذلك ، فمن باب أولى أن لا يكون (الدافع النبيل) علّة التبرير .

---

(1) د : محمد الفاضل — المبادئ العامة في التشريع الجزائي — ص: 358 .
د : عثمان سعيد عثمان — استعمال الحق — ص: 404 .

ومما سبق بحثه " لعلة التبرير في استعمال الحق " ، نرى أن هذه الآراء على قيمتها ، لا تلامس أو تؤدي الى حقيقة علة التبرير ، وانما بعضها يمثل مستند التبرير — كما هو الرأي في نص القانون — ، والبعض الآخر ، يمثل غاية التبرير — كما في باقي الآراء — وأن ليس للدافع النبيل أي اعتبار في هذا الموضوع .

أما السبب الرئيسي والعلة في حمل الشارع على :
— اعطاء حق الاستعمال ، أولا . — وتبرير الفعل ، ثانيا .
— وبالتالي محو كل مسئولية عن الفاعل ، فانه يتجلى لنا ، في مفهوم " دفع الخطر " .

دفع الخطر :

ذلك أن " دفع خطر " وشيك الوقوع ، أو هو في مجرى النفاذ ، ليشكل اعتداء ، أو تهديدا ، للنفس أو المال ، أو معيشة أسرة ، أو مصلحة عامة ، هو من واجب السلطة العامة أساسا ، فهو في الأصل واجب وبما أن السلطة ، لم يتأت لها الحضور الفوري ، أو أنها تفضل عدم الحضور أو التدخل ، في بعض الحالات

ـ كحالة التأديب مثلا ـ أوكل المشرّع حق القيام بهذا الواجب ، معتبرا القائم به صاحب حق ، لكلّ من واجه حالة من حالات « دفع الخطر » أي حالات أسباب الاباحة ، أن يدفعه فورا ، معطشا القائم به ، بأنّ دوره هذا يشبه أو هو بمثابة دور رجل السلطة أو الأمن وبأن فعله هذا لن يشكل جريمة في نظر القانون.

ومن هنا جاء النص في المادة : 39ع ، على أن : لا جريمة ، ليطمئن الفاعل أيّا كان ، على أنه لا يرتكب جريمة ، ومن ثمّ لا مسئولية عليه البتة .

هذا ، وان مفهوم « الخطر » المستحق « دفعه » يختلف تكييفه من حق الى آخر :

فهو في حق الدفاع الشرعي غيره في حق التأديب مثلا ففي الدفاع الشرعي ، يتجسّد « الخطر » ماديا ، بشكل يهدد المدافع في النفس أو المال ، ومثله في حق الاجهاض وممارسة الطب ، يتجلى الخطر في تعريض حياة الأم أو المريض للوفاة ، أما في حق القبض ، فيكون خطر المجرم المتلبس بالجريمة ، في افلاته من حكم العدالة وتأصل الاجرام في نفسه واستمرايته ، وفي جرائم القذف أو السب ، حيث يكون الخطر معنويا ، متجليا

في الاعتداء على المصلحة العامة ، وفي حق التأديب يكون الخطر في تعريض معيشة الاسرة أو كرامتها للانهيار وفي الرياضة ، يكون الخطر في الخوف من وقوع الطائش أو الفريق في الهزيمة .. الخ .

وعليه : فالخطر المستحق الدفع (كاستعمال حق) نسبي يختلف في حالة عن أخرى ، الا أن (علة التبرير) تبقى واحدة وهي (دفع الخطر) هذا أو ذاك .

وبذلك يكون مفهوم (دفع الخطر) هو علة التبرير في استعمال الحق ، كون هذا المفهوم ، يمثل السبب الرئيسي في حمل المشرع على اعطاء حق الاستعمال ، على اعتبار أنه تخويل من السلطة العامة الى الافراد ، بحق ممارسته ، وباذن من القانون .

ثم يمثل (تبرير الفعل) كونه لا يعتبر جريمة ، ولا يشكل اعتداء ، بنفيه فكرة العدوان ، وبالتالي محققا مصلحة عامة أولى بالاعتبار ، وهي غاية المشرع .

هذه العناصر مجتمعة ، تشكل لدينا مفهوم = = دفع الخطر = ، الذي اعتبرناه (علة التبرير في استعمال الحق) وسائر تطبيقاته .(1)

(1) د : علي راشد ــ القانون الجنائي ــ ص : 521 .

المبحث الثالث : أثر استعمال الحق .
واختلافه عن موانع العقاب
وعدم المسئولية الجنائية .

نبحث أولا : أثر استعمال الحق ، على الفعل والفاعل ، عما اذا كان يعتبر الفعل جريمة ، والفاعل مسئولا ، أم لا شيء من هذا .
ثم نتبين ، ثانيا : اختلاف أثر استعمال الحق ، عن موانع العقاب ، وثالثا : اختلافه عن عدم المسئولية الجنائية ، هاتان اللتان تشتركان معه في رفع العقاب عن الفاعل ، وذلك في النقاط الثلاث التالية :
أولا : استعمال الحق . ثانيا : موانع العقاب . ثالثا : عدم المسئولية الجنائية .

أولا : استعمال الحق :

لقد أطلقنا ، أثناء التعريف = بأسباب التبرير أو الاباحة = ، على أنها = حالات دفع الخطر الذي أباحه القانون = .(1)

(1) انظر صفحة : 33 من الرسالة .

فما باحة الفعل من قبل القانون ، تعني تجرّد الفعل عن كونه يشكّل جريمة .

وبالتالي اعتبار الفاعل — سواء كان أصليا أو شريكا أو متدخلا أو محرّضا — وكأنّه قد أتى فعلا مباحاء فلا مسئولية البتّة عليه .[1]

ومن هنا جاء النص في المادة : 39 عقوبات ، بخصوص هذا الأثر على الفعل ، أن : لا جريمة .

مما مفاده ، انتفاء الفعل ذاته ، كونه جريمة ، وبانتفاء الفعل ، تنتفي المسئولية ، سواء كانت جنائية أو مدنية أو ادارية .

مستفيدا من هذا الأثر ، كلّ من قام بالفعل أو شارك فيه ، وسواء علم بهذا الأثر أو لم يعلم ، على اعتبار أن آثار أسباب الاباحة ، تعتبر متوفّرة بمجرّد تحقّق شروط الاباحة أو التبرير .

ذلك أن = أسباب الاباحة = سواء كانت ظروف شخصيّة ، على رأي البعض[1] أو ظروف مادية ، فالكلّ مجمع على أنها ذات آثار موضوعيّة .[2]

وباعتبار أنّ = استعمال الحق = ، خاضع لأحكام

(1) د : علي راشد — المرجع السابق — ص : 499 .

(2) د : محمود محمود مصطفى — المرجع السابق — ص : 60 .
د : احمد فتحي سرور — المرجع السابق — ص : 10 .

هذه النظرية ، باعتباره أحد عناصرها ، فإن آثارها تنسحب عليه .

وبهذا : فإن أثر استعمال الحق ، يتجلى في أن : = لا جريمة ، ولا مسئولية = .

وعليه ، فإن عدم مسئولية الفاعل الأصلي جنائيا ، ومدنيا ، هي النتيجة التي تترتب على القبول بتبرير استعمال الحق ، فعلى المحكمة الحكم ببراءة المتهم ، وعلى قاضي التحقيق الأمر باخلاء سبيله أو عدم توقيفه ، وعلى وكيل الدولة (النيابة العامة) ، اتخاذ قرار عدم المتابعة ، اذا ما توافرت شروط الاستعمال .

هذا بالنسبة لوجهة نظرنا ، وما يجب أن يكون حسب منطوق المادة : 39 عقوبات .

الا أن هناك بعض التشريعات[1] ، لا ترى في استعمال الحق ، سوى مجرد سبب للاعفاء من العقاب ، لاعتمادها الظروف النفسية أو الشخصية ، في حين معظم التشريعات الأخرى ، ترى رأينا في كونه سبب تبرير أو اباحة[2] .

على اعتبار أن = التبرير = فكرة قانونية ، تتمثل في

---

(1) التشريع الانكليزي — انظر د : عثمان سعيد عثمان — مرجع سابق ص : 323 .
— التشريع الليبي — المادة : 69 ع ليبي تنص على أن : لا عقاب . . .

(2) د : رمسيس بهنام — مرجع سابق ص : 337 .
د : محمود نجيب حسني — أسباب الاباحة ص : 327 .
د : رضا فرج — مرجع سابق ص : 143 .

موانع القانون على ارتكاب الفعل ، متى أحاطت به ظروف خاصة ، هي ظروف = دفع الخطر = ، وهو لذلك سبب موضوعي ، نظرا لاستخلاصه من تلك الظروف الموضوعية ، دون اعتبار للظروف النفسية أو الشخصية.

ولهذا فهو لا يعتبر الفعل أصلا جريمة ، وبالتالي فلا مسئولية على مرتكبه ، الذي يأخذ صفة المدافع كصاحب حق.

وهذا ما يجعله يتميز أو يختلف عن كل من : موانع العقاب ، وعدم المسئولية الجنائية .

ثانيا : موانع العقاب :

يختلف استعمال الحق ، عن موانع العقاب ، كون هذه الأخيرة ، تفترض توافر أركان الجريمة ، إلا أن المشرع ، لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة ، يرى عدم توقيع العقوبة على الجاني وحده ، بحيث يبقى الفعل كونه جريمة ، كما تبقى المسئولية المدنية ، وعلى هذا فهي ظروف شخصية ، ذات آثار شخصية ، تقتصر على من تتوفر فيه فحسب ، حيث تبقى جريمة المشاركة ولا يتمتع الشريك بالاعفاء من العقاب .

ومثالها : اعفاء الخاطف من اتخاذ الاجراءات بحقه والحكم ، اذا ما تزوج بالمخطوفة زواجا شرعيا لم يقض بابطاله .

بعكس استعمال الحق ، الذي يعتبر الفعل لا يشكل جريمة ، وبالتالي لا مسئولية ، أيا كانت ، باعتباره ذو أثر موضوعي ، لا شخصي .(1)

ثالثا : عدم المسئولية الجنائية :

عدم المسئولية الجنائية ، هي أسباب أو حالات ، تعرض لمرتكب الفعل ، فتجعل ارادته غير معتبرة قانونا ، حيث تتجرد هذه الارادة الجرمية ، من التمييز أو حرية الاختيار ، كحالة الجنون ، والضرورة ، وصغر السن .(1)

لهذا ، فهي أسباب شخصية ، ينحصر تأثيرها في ارادة الفاعل ، والركن المعنوي أو الشخصي للجريمة ، كما يقتصر أثرها ، على من تتوافر فيه فحسب ، حيث تبقى الجريمة ، ويمتنع العقاب الجنائي ، ولكنها لا تعفي من المسئولية المدنية ، وهذا ما يميزها عن استعمال الحق .

---

(1) انظر المواد : 47 - 48 - 49ع ج .
د : ابراهيم زكي اخنوخ - مرجع سابق ص 56 د : عثمان سعيد عثمان - ص 285 .
د : رمسيس بهنام - مرجع سابق ص 78 . د : رؤوف عبيد - مرجع سابق - ص 495 .

خلاصة عامّة .

=============

ممّا يستخلص ، من مضمون هذا الباب الأول ، أنّ =تبرير استعمال الحق = يتعارض مع مانع هامّ ، ألا وهو الحظر على كلّ شخص ، من = اقامة العدالة لنفسه = ، حيث يستنتج من صراع هذين المبدأين أو تناقضهما ، أنه لا يبرّر استعمال الحق ارتكاب الجريمة ، الاّ لعلّة قويّة من شأنها أن تتغلّب على الأسس المتينة التي تقوم عليها قاعدة = عدم أخذ الحق باليد = ، وقد تلاقينا مثل هذا التعارض ، في مصلحة المجتمع ، وفي انتفاء علّة التجريم ، وكما نعتقد ، في = مفهوم دفع الخطر = .

أمّا النتيجة الأخرى التي تترتّب على الصراع المذكور فهي ، أنّه اذا ما اتسع نطاق آثار تبرير استعمال الحق حتى أوبحيث يهدم المسئولية الجنائية لفائدة الفاعل الأصلي والشريك ، فالعكس يكون أن القانون لا بدّ أن يضيّق ميدان تطبيقه ، ويقيّده بشروط عسيرة التوافر كلّها ، وهذا ما سنتعرّض له .

الباب الثاني .

شروط التعويض استنادا الى استعمال الحق .

تقـديم :

لقد أصبح معلوما ، أن الفعل المبرر باستعمال الحق ، يكتسي أصلا صفة جنائية ، وما أبيح استعمال الحق ، الا لعلة استثنائية ، ولكي يتحلل من تلك الصفة الجنائية ، نافيا فكرة الاعتداء أو الاجرام ، يتوجب على صاحب الحق ، أن تتوافر في سلوكه ، شروط متعددة وصارمة ، منها ما ترمي الى اثبات الحق المزعوم ، ومنها ما تخص الالتزام بالحدود المقررة للحق .

وهذا ما نبحثه من خلال فصلين متخصصين لكلا المسألتين :

الفصل الأول : اكتساء استعمال الحق صفة جنائية .

الفصل الثاني : ارتكاب الفعل في الحدود المقررة للحق .

الفصل الأول : اكتساء استعمال الحق صيغة جنائية .

ان التبرير النظري في القانون الجنائي ، لن يكون له عمليا أي مفعول ما لم تتبع شروط التبرير ، وتطبق بحذافيرها مجتمعة تطبيقا سليما ، تحقق قصد الشارع في علة التبرير وغايته . ذلك أن استعمال الحق خاضع أساسا لنص تجريمي ، ولن تزول عنه صفة التجريم هذه الا اذا توافرت بعض الشروط ، كشرط وجود الحق قانونيا ، وشرط قيام حالة الخطر ، وأخيرا حسن النية ، .
ثم لا بد أن نتطرق الى رضاء المجني عليه من حيث أثره في تبرير الفعل كاستعمال حق ، والى مدى جواز استعمال الحق بالنيابة .

هذا ما نبحثه هنا ، في خمسة مباحث : المبحث الأول : وجود الحق . المبحث الثاني : قيام حالة الخطر . المبحث الثالث حسن النية ، المبحث الرابع : رضاء المجني عليه ، المبحث الخامس : استعمال الحق بالنيابة .

المبحث الأول : وجود الحق .

ان عبارة = وجود الحق = ، تعني أولا : وجود حق قانوني ، وثانيا : أن لا يكون الحق محل نزاع .
وهذا ما نتطرق اليه في مطلبين .

المطلب الأول : وجود حق قانوني .

ان وجود حق قانوني ، كشرط أساسي في استعمال الحق كسبب للتبرير ، يتطلب منا أن نتوقف قليلا ، أولا : عند كلمة (حق) ، ثانيا : عند كلمة (قانون) .

أولا : نفي مجال الحق :

علينا أن نوضح أول الأمر ، أنه = لا يوجد حق الا اذا تضمنه قانون = ، كحق الملكية مثلا (م : 677 ق م) وحق الملقاء القبض على المجرم المتلبس بجريمة الجنحة أو الجناية (م : 61 ـ ق أ جراءت).

وهذا ـ كما نعتقد ـ هو المقصود من مضمون المادة : 39ع ، أو مستفاد منها ، حينما لا تورد (لفظ حق) بل تتكلم عن (اذن القانون = لا جريمة : 1) اذا كان الفعل قد .. أذن به القانون = ، فعبارة (اذن القانون) تعني : أن يأذن القانون لصاحب الحق باستعمال حقه ، على اعتبار أن الفعل هو محل الحق .

وهذا ما ينبني عليه (مبدئيا) أنه لا وجود لحق بدون قانون . (1)

(1) د : عبد المنعم فرج الصدة ـ اصول القانون ـ ص : 311 .
د : ثروت انيس الاسيوطي ـ الحق ـ ص : 5 .
د : عثمان سعيد عثمان ـ مرجع سابق ـ ص : 1 ـ 150 وص : 332 .

أن = وجود حق قانوني = يدعونا الى أن نفرّق بين : الحق القانوني ، ومجرّد المصلحة .

باعتبار = أن الحقوق تتعلّق بالمصالح ، بل لقد عرّفت أحيانا ، بأنّها مصالح تحميها أحكام القانون ومع ذلك فليست المصالح في الحقيقة مطابقة للحقوق ، ذلك أن المصالح أشياء ، ذات منفعة للانسان ، فالانسان له مصلحة في حريّته أو سمعته ، وحقوقه هي حماية تلك المصالح ، وعليه ، فالحق يحمي المصلحة ، وليس هو المصلحة ، أمّا الاعتبارات المنبثقة عن سياسة التشريع التي تجعل الشارع يرقى بالمصلحة الى مرتبة الحق ، فتعود الى أنّ مصالح الناس متعارضة بعضها مع بعض ، وليس في الامكان أن تنال كلها حماية القانون ، فالعدالة تقتضي اختيار طائفة منها ليحميها القانون ، ثم يترك الأخرى ، وليس كلّ اعتداء على مصلحة يشكّل خطأ في الواقع أو في نظر القانون ، كما أنه ليس احترام أية مصلحة كائنة ، يعد واجبا ، سواء كان اخلاقيا أو قانونيّا ، ذلك لأنه توجد مصالح مادية من حيث الواقع ، ولكنّها ليست قانونية .

فمن يستعمل حقّه في المنافسة المشروعة ، فيتجر في أي نوع من السلع ، أو يبيع بأقل من السعر الرسمي ، فانه

لا يعتبر في نظر القانون معتديا على مصلحة شانئه ، وان كان من حيث الواقع يلحق بهم أضرارا ، كذلك من يستعمل حقه في التأديب ، لا يعتبر معتديا على مصلحة الزوجة أو الولد ، وان أصابهما أضرار بمصالحهما[1]، لأن تلك المصالح في هذه الحالة ، لا تتمتع بأي اعتراف أو حماية قانونية[2].

---

(1) د : عثمان سعيد عثمان - مرجع سابق - ص : 10 .

(2) هناك من يرى تأسيس الحق على عنصر المصلحة ، بحيث يكون محور الحق هو عنصر المصلحة (انظر د : ثروت انيس الاسيوطي - الحق - ص 23 .
ومن ينكر وجود الحق مستقلا بذاته عن مصدره ، ومن اشهر هؤلاء الفقيه الفرنسي (دجيي - Duguit) فهو ينكر وجود الحق مستقلا بذاته عن مصدره ، لأن فكرته تقوم على كونه سلطة ارادية ، وهذا ما يستتبع ان يكون لارادة ما ، الغلبة والسيطرة على اخرى ، وهو ما يخالف الواقع لان الارادات كلها متساوية ، فالحقيقة في نظره أن ما يسمى بالحق ، ليس الا مركزا قانونيا خاصا ، يضع القانون فيه الشخص دون أن يكون لارادته دخل في ذلك ، فهو يستبدل بالحق المركز القانوني الايجابي ، ويستبدل بالواجب = المركز القانوني السلبي = وميزة هذا التصوير عنده أن صاحب المركز القانوني ، لا يبدو أنه في مركز أعلى أو أدنى من غيره .
(انظر د : عبد المنعم فرج الصدة - اصول القانون - ص : 311).

- Williams Glanville : Criminal Law - the general part - 2é ed - I96I - p: 722& 909.

- Josserand : L'esprit des droit - Ieur relativiti théorie dites de l'abus des droit - 3é ed - paris - I939 - p : 259.

كما علينا أن نميّز بين : الحق القانوني ، والحق الطبيعي .

فالحق القانوني هو ما يقرّره قانون ما في النظام القانوني للدولة ، ساري المفعول ، أما الحق الطبيعي فهو الحق الذي تفرضه الطبيعة البشرية أو القانون الطبيعي ، بحيث يثبت للشخص بحكم كونه انسانا وهذا ما يسمى ، بالحقوق الطبيعية أو حقوق الانسان .[1]

فاذا ما أسّس الحق الطبيعي على قانون ، فلا مشكل في ذلك ، كحق الملكيّة مثلا (م : 677 ق . م) ، الاّ أنّ المشكل يثور في حالة ، استعمال حق طبيعي (يتمسك به المتهم) ولكن القانون لا يعترف به أو يحذر من استعماله ، كحق الاجتماع أو التجمهر لابداء آراء سياسية (م : 97 ع) ، وحق التمرّد أو العصيان (84 و 183 ع) الخ ، ففي هذه الحالة وأمثالها ، لا تبرّر ممارسة حق طبيعي غير قانوني ، كون الفعل يشكل جريمة في نظر القانون (م : 90 و 184 و 185 عقوبات) .

---

(1) فلاسفة القرن الثامن عشر هم اول من سمى هذه الحقوق بحقوق الانسان أو الحقوق الطبيعية طبقا لنظرية العقد الاجتماعي .. وقد اصدرت الامم المتحدة اعلانا دوليا لحقوق الانسان عام : 1948م (انظر د : عبد المنعم فرج الصدة ـ مرجع سابق ـ ص : 319 . د : سعاد الشرقاوي ـ نسبية الحريات العامة وانعكاسها على التنظيم القانوني ـ وفي نهاية الكتاب ملحق (اعلان حقوق الانسان) .

وأخيرا علينا أن نميز بين الحق القانوني ومجرد الاذن أو التصريح الاداري .

فالتصريح الاداري لاستعمال حق ما ، لا يعفي صاحب الحق من المسئولية وادانته ، اذا ما ارتكب خطأ أثناء ممارسته الحق ، كما لطبيب الذي يمارس مهنته بموجب اذن أو ترخيص من الدولة ، لا يعفى من العقاب اذا ما ارتكب خطأ أدى الى وفاة المريض ، والسائق المتهم بالقتل الخطأ ، لا يعفى من العقاب كونه يحمل رخصة السياقة .

كذلك لا ينشئ الحق ، مجرد التغاضي أو عدم المتابعة على الفعل ، كعدم المعاقبة على وقوف السيارات في مكان محظور ، أو عدم متابعة التاجر الذي يرفع الاسعار مخالفة للقوانين ، اذ لا حق ينشأ عنها اذا ما قررت الادارة المتابعة أو العقاب .(1)

---

(1) = ليس ثمة خلاف في الفقه حول اعتبار العمل الاداري أحد مصادر الحق اذا ما توافرت في العمل شروطه المرتبة لآثاره القانونية ، ولكن المشكلة تثور حول الاذن أو التصريح أو الترخيص (القرارات التنظيمية المتعلقة بتنظيم مهنة ما) فهل يجوز للطبيب مثلا ، استنادا الى قوة الترخيص أن يجري عملية جراحية حتى ولو كان ذلك ضد إرادة المريض أو ذويه ؟ هذا الرأي يجد في امريكا بالذات تحديدا من المؤيدين (هذا ما سنتطرق له في تطبيقات استعمال الحق ، الباب الثالث أثناء البحث في حق الطبيب بممارسة مهنته) (انظر : عثمان سعيد عثمان ص : 142).

ثانيا : أما في مجال لفظ (قانون) :

فان الفقه يرى أنه = يجب أن تفسر كلمة (القانون) تفسيرا واسعا ، فلا تقتصر على مجرد القانون الذي يصدر مباشرة من السلطة التشريعية في الدولة ، أو قانون العقوبات ، وانما يجب أن تشمل كل قاعدة تنظيمية تقرر حقا ، شريطة أن يجتمع لها عناصر صحتها ، كمن تصدر ممن يملك حق اصدارها قانونا ، وأن يراعى فيها وجه الصالح العام ، وأن تكون مستمرة تطبق على كل انسان ولا تتغير بالنسبة للافراد والحوادث ، فالحق عندئذ وان لم يكن مقررا بالقانون مباشرة ، فهو مقرر بناء عليه ، بتفويض من الشارع = .(1)

فمن الحقوق ما يكون مصدره قانون العقوبات ، كحق الاجهاض في حال تعرض حياة الأم للخطورة (م : 308ع) ، ومن الحقوق ما مصدره قانون الاجراءات الجزائية (م: 61) ومنها ما يكون مصدره الدستور ، كحق النائب في التعبير عن آرائه في المجلس الشعبي الوطني وداخل لجانه ، فلا

(1) د : محمد الفاضل — مرجع سابق — ص: 329 .
د : علي راشد — مرجع سابق — ص: 501 .

يـوآخـذ عـماً يسـنده الـى الغيـر مـن عبـارات القـذف أوالسب،
(م : 137 دستور ج)، والمعـاقـب عليهما أصـلا (م : 296 ــ 299ع).
وكـذلـك فـي مجـال القضـاء، فلا تفـاق عـام علـى ممارسـة حـق
الـدفاع أمـام المحـاكـم، ولـو وقـع قـذف أو سب أثـناءه .(1)

هـذا وان = هنـاك اتفـاق بيـن شـراح الـقانون، علـى أن
الاشـارة الـى (القانون) عـند مـا تـرد بغيـر تخصيـص،
لـقانـون معيّـن بالـذات، كـما لـو استـعمل اللفـظ فـي صيـغـة
النـكـرة، مثـل = بنـاء علـى قـانـون = ، أو فـي صيـغـة المعرفـة
مثـل = وفـقا للـقانـون) ، فـانّـه يقصـد بـذلـك الـقانـون فـي
(معنـاه الـواسـع) ، بحيـث يشـمل كـلّ أنـواع الـقانـون ،
أي كـافّـة أنـواعـه مـن أسـماهـا درجـة كالـدستـور، الـى
أدنـاهـا درجـة ، واذن فـمـدلـول (القانون) يعنـي كـافّـة
أنـواعـه ، كـالدسـتور والقـوانيـن العـاديـة الأخـرى ، ومنهـا
الجنـائـي والمدنـي والاداري والتجـاري وغيـرهـم ، كـما يشـمل
أيضـا الأعـمال الاداريـة كالقـرارات الاداريـة التنظيميـة (اللوائح)
والقـرارات الفـرديـة التنفيـذيـة ، وبصفـة عـامّـة كـل نـصّ تشريـعي
أيّـا كـان مصـدره، أو قـرار فـردي = .(1)

---

(1) تنص المادة : 3 من الدستور الهندي على انه = ما لم يقتضي سياق النص غير ذلك فانه في هذه المادة تشمل كلمة (قانون) كل قرار بقانون او امر او لائحة تنفيذية او قواعد ، او لوائح تنظيمية او اعلان او عرف او عادة لها قوة القانون في اراضي الهند (انظر د : عثمان سعيد عثمان ـ مرجع سابق ـ ص : 114).

وأحيانا نجد أنفسنا أمام حالة ، حيث يبيح قانون ما ، ما يكيّفه أو يعتبره قانون آخر جريمة ، فيحصل تنازع في القوانين ، اذ المفروض أن يفضّل قانون على آخر ، كمثال حق التأديب الممنوح لمعلمي التلاميذ - لدى بعض القوانين - (1) اذا جاء قانون خاص ونصّ على منع هذا الحق في المدارس. (2)

هنا يكتفي في مثل هذه الحالة ، أن تطبّق القاعدة في أصول الفقه ، المتعلّقة بتفسير القوانين التي تنص على أن = الأحكام الخاصة أو القانون الخاص يؤثر على العام = ، ومن هنا التحقق ما اذا كان القانون المزعوم المتمسّك به المجرم يستثني القانون الذي يجرّم الفعل المنسوب اليه .

وفي بعض الأحيان ، أن قانون التجريم يتضمّن في نفسه الحل لهذا المشكل ، ويحافظ على حق المجرم المزعوم ، اذا تمسّك بقانون خاص ، ومثاله المادة : 301 ع ، الخاصة بالسر المهني ، التي تستثني = الحالات التي يوجب عليهم القانون افشاءها = أو يصرّح لهم بذلك .

وبصورة عامة فان تلك الاستثناءات من القانون تكون بدون أهمية .

---

(1) المادة : 185 ع سوري . 12 ع امارات متحدة . 38 ع عماني . 186 ع لبناني . م : 62 ع اردني . 8 ع عراقي . 313 ع تونسي .

(2) منع الضرب في المدارس بالجزائر بموجب مذكرة وزارية رقم : 288 / بتاريخ 1970 .

ولكن المشكل الأصعب ، حالة ما اذا كان قانون مدني ، أو قاعدة تنظيميه ، هو الذي يخالف القانون الجنائي ؟

- بالنسبة للقاعدة التنظيمية ، من المفروض أن تخضع للقوانين سواء كانت جنائية أو غير جنائية ولا تخالفها ، الا اذا صدرت في ميدان الأنظمة أو تفويضا من السلطة التشريعية وذلك طبقا لتدرج التنظيم القانوني .

- أما بالنسبة للقانون المدني (بمفهومه الواسع) الذي يعني كل قاعدة غير جنائية ، فانه يثير أيضا صعوبات في النظرية ، بحيث لا يجوز لقانون مدني أن يخالف قانونا جنائيا ، بمقتضى مبدأ = سلطان القانون الجنائي = ومثال ذلك ، التعريف الذي جاءت به المادة : 149 عقوبات بالنسبة للموظف ، الذي يختلف عن تعريف الموظف في القانون الاداري ، اذ لا يجوز أن يؤثر القانون المدني على الجنائي ، وفي هذه الحالة لا بد من تحديد أحدهما أو الغائه ، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري اذ عمد الى الغاء المادة : 149 عقوبات ، وأبقى على التعريف الاداري (1) .

---

(1) الغيت المادة : 149 عقوبات بالأمر رقم : 47/ 1975 بموجب المادة (23) منه ، وعليه أصبح تعريف الموظف يخضع للتعريف الوارد بالقانون الاداري ، وبذلك رفع الاشكال .

= وقد أثار البعض تساؤلا ، عما اذا كانت القوانين المادية (غير الجنائية) تصلح أن تكون مصدرا للحقوق التي يباح استعمالها ؟

لقد تصدى لهذا التساؤل بعض الفقهاء بمناسبة استناد بعض الحقوق الى القانون المدني ، فرأى هذا البعض ، أن القانون الجنائي نفسه في الحقيقة ليس الا جزءا مكملا للقانون المدني ، ولهذا ينبغي أن يعتبر الحل عند تنازع القانون المدني مع القانون الجنائي ، أن المسألة مسألة = تخصيص وظيفي = Fonction d'especes = ذلك أنه توجد حالات يخالف فيها القانون الجنائي القانون المدني ويتغلب عليه ، وعلى العكس من ذلك هناك حالات تكون الحقوق التي يعترف بها القانون المدني من شأنها أن تبرر مخالفة القانون الجنائي[1] ، ومن هذا القبيل حالات يكون فيها تطبيق القانون الجنائي

---

(1) من امثلة التنازع بين قواعد القانون المدني وقواعد القانون الجنائي ما يلي : حكم في فرنسا بان الشخص الذي يشتري مالا بحسن نية من السوق ثم يعلم موخرا ان ذلك المال كان متحصلا من جريمة وبالرغم من هذا العلم ومن مطالبة صاحب المال استرداده ، فان هذا الشخص يعتبر حائزا للمال المسروق ، ولا يقبل دفعه بانه كان يرفض رد المال الى مالكه الاصلي حتى يسترد الثمن الذي دفعه ، ويلاحظ ان التنازع يتعلق بالمواد : (2279 و 2280 مدني) ويلاحظ انه وفقا لهذين النصين في القانون المدني يصبح الحائز مالكا للمال وان رفضه الرد يعتبر من قبيل استعمال الحق أي حق الملكية (انظر : عثمان سعيد عثمان حيث جاء هذا ، ص : 126) .

- Bouzat(P)- Pinatel(J): Traité de droit penal et criminologie - Paris- I963P:227.

متوقفا على شروط القانون المدني، ونتيجة لذلك تصبح المخالفات الجنائية مستندة الى قواعد مدنية تبررها.(1)

ومثالها المادة : 41 من القانون المدني الجزائري ، التي تتضمن الحدود العامة لاستعمال الحق ، التي يتطلبها تطبيق المادة : 39 عقوبات .

هذا وان الفقه الحديث يتجه الى التوسع في تفسير قواعد الاباحة ، فيرى اباحة الفعل متى كان استعمالا لحق ، حتى ولو كان مصدر هذا الحق هو العرف أو القانون العرفي ، على اعتبار أن كلمة قانون الواردة في نص المادة : 39 عقوبات ، تعني مطلق القاعدة القانونية ، وفيما نحن بصدده فان العرف ليس فقط يدخل في معنى القانون ، وانما هو المرجع الأول لبيان ما هو عدوان ، وما هو مشروع من الأعمال التي تقع على الأشخاص أو الأموال ، لأن العرف هو أصدق تعبير عن ضمير المجتمع وارادته .(2)

لكن كلمة(قانون) لا تتسع الا للقواعد القانونية ، فلا تشمل قواعد (الأخلاق أو الدين) ، فالحقوق التي تقررها قواعد الأخلاق وأحكام الديانات ، لا تخول ارتكاب الجرائم الجنائية ، مثال ذلك ، القتل من طرف الابن لأخذ الثأر

(1) د : عثمان سعيد عثمان — مرجع سابق — ص : 126 .
(2) د : علي راشد — مرجع سابق — ص : 501 .

من قاتل أبيه ، وكذلك الأب الذي يقتل بنته الحامل الزانية ، ليغسل شرفه المدنّس بالعار ، غير أنه يجوز للمحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار ، هذا الدافع الذي يصدر عن الأخلاق الاجتماعية ، في الظروف المخففة .

ويضيف البعض ، بأنّ العرف يصح أن يعتبر مصدرا غير مباشر للقاعدة القانونية الجنائية ، من ناحية أنه يحدد صورا من السلوك يعتبر اتيانها في ظرف معيّن استعمالا لحق ، رغم ما ينص القانون على عقابه .

فبغير الاستناد الى العرف ، لا يمكن اباحة الظهور على الشواطىء أو في أماكن السباحة ، بملابس الاستحمام ، حيث تشكل جريمة مخالفة الآداب العامة ، أو انتهاك الآداب ،[1] وكذلك اجراء عمليات الختان التي تشكل جريمة احداث جرح أو ايذاء أو تشويه ،[2] أضف اليها الأعمال الطبية والرياضية ، مما تحدثه من رضوض أو جروح وأحيانا الوفاة ، كذلك حق التأديب الذي يستند أساسا الى العرف.[3]

(1) المادة : 333ع ، ج .

(2) المادة : 264 — 269ع ، ج .

(3) القضاء المصري لم يصرح باعتبار العرف مصدرا لقواعد الاباحة الا ان الكثير من احكامه لا تفسر الا بذلك ، حيث قضت محكمة النقض باباحة التأديب الذي يقع على الخادم من المخدوم (انظر : د : احمد فتحي سرور — مرجع سابق — ص : 219).

د : رمسيس بهنام — مرجع سابق — ص : 344 .

د : محمد الفاضل — مرجع سابق — ص : 329 .

المطلب الثاني : خلو الحق من النزاع :

اذا ما تأكد صاحب الحق ، بأن حقه هذا مقرر بمقتضى القانون توجب عليه أن يتأكد ثانيا ، بأن الحق ليس محل نزاع .

فاذا كان الحق متنازعا عليه ، لا يجوز لمن يدعيه أن يقرره لنفسه ، وذلك تطبيقا للمبدأ الأصولي من = أن الانسان لا يقيم العدالة لنفسه = ، حيث يشكل الفعل اعتداء ، لا دفعا للخطر ، وانما عليه أن يسلك الطريق المرسومة في القانون لتقرير الحقوق عند التنازع ، بسلوك سبل القضاء أو الاحتماء بالسلطة لحماية الحق ، وبذلك يمكن القضاء من الوصول الى الحقيقة واقامة العدل ، ثم يعمد الى استعمال حقه .

ومتى كان الحق متنازعا عليه ، فان استعماله لا يكون غير مشروع فحسب ، بل اذا كون استعماله جريمة ، فانه يبيح لمن وقع عليه الاعتداء ، دفع هذا الخطر ، استنادا الى حق الدفاع المشروع ، متى توافرت شروطه .(1)

وقد اعتبر الحق محل نزاع ، أو متنازع عليه ، اذا ما رفعت من أجله دعوى ، أو كان محل نزاع جوهري .(2)

---

(1) د. محمود نجيب حسني ـ القسم العام ـ ص: 181 .
ـ انظر المادة : 429 ع ليبي والمادة : 190 ع عماني بشأن مبدأ التنازع على الحق .
(2) د. محمود نجيب حسني ـ المرجع ـ ص: 172 .
ـ انظر المادة : 419 ع سوري .
ـ المادة : 400 من القانون المدني الجزائري .

المبحث الثاني : قيام حالة الخطر .

يقصد بقيام " حالة الخطر " حلول خطر ما وشيك الوقوع ، أو هو في مجرى النفاذ ، ليشكل خطر اعتداء على النفس أو المال ، أو تهديدا للنفس أو معيشة أسرة ، أو مصلحة عامة ، وبشكل حقيقي لا وهمي ، بحيث يتم فعل ايجابي يخشى منه ، أو أن يهدد هذا الفعل الايجابي ، صاحب الحق ، أو النفس أو المال أو المصلحة .. الخ .

وتحديد وجود أو عدم وجود الخطر ، من اختصاص محكمة الموضوع للفصل فيه ، فهو مسألة موضوعية ، كما يتبع ظروف حال كل قضية ، أو كل حق من حقوق حالات دفع الخطر .

فهو في حالة القضاء القبض على المجرم المتلبس بجريمة الجنحة أو الجناية (م : 61 ـ ق اجراءات) اذ الخطر هنا مفترض بقيام حالة التلبس ، يختلف عن الخطر في حالة انقاذ حياة الأم ، الذي يتهدد ها خطر وجود الجنين .

ومثله حق تأديب الزوجة ، اذ لابد أن يقع (فعل النشوز) وهو خطر يهدد الحياة الزوجية ، وأيضا بالنسبة لتأديب الأولاد ، لابد أن يقع فعل ايجابي من الولد (بفتأ وصبي) يدل على وجود خطر يهدد حياة الأسرة ، أي معيشتها ، كالعصيان المتكرر أو ارتكاب أفعال تسيء بشكل جدي الى كرامة الأسرة .. الخ .

اذن ، لابد من قيام (حالة الخطر) ، ليقوم حق دفع هذا الخطر ، اذ ما شرع هذا الحق ، الا لقيام تلك الحالة ومن ثم كان تبرير الفعل ، وعدم المسئولية .

كما يتوجب أن تكون (القوة أو الضرب أو الجراحة أو حجز الحرية .. الخ ، هي الوسيلة الوحيدة لدفع ذاك الخطر .

والعبرة في النهاية ، لظروف حال كل واقعة ، أما اذا زال الخطر ، أو أنه قد وقع وانتهى ، فلا داعي لاستعمال الحق أو التذرع به ، اذ لم يعد هناك خطر . (1)

---

(1) د : محمد الفاضل – مرجع سابق ص : 332 .
د : عثمان سعيد عثمان – مرجع سابق ص : 211 .
د : علي راشد – مرجع سابق ص : 520 (520) .

المبحث الثالث: حسن النية .

نتطرق بالبحث هنا ، الى كل من : دور حسن النية في استعمال الحق ، والقصد الجنائي ، ، ثم الى حالة ما اذا وقع صاحب الحق في جهل أو غلط أثناء ممارسته لحقه .

وهذا ما نبحثه في مطلبين : المطلب الأول : دور حسن النية في استعمال الحق والقصد الجنائي . المطلب الثاني : الجهل والغلط في استعمال الحق .

المطلب الأول : دور حسن النية في استعمال الحق والقصد الجنائي .

من الأمور المسلم بها ، أن استعمال الحق ، يعتبر فعله عمديا ، فاذا لم يتوفر في مستعمله = حسن النية = ، كان = سوء النية = هو المتوفر ، واعتبر فعله بالتالي ، جريمة عمدية ، توفر فيها القصد الجنائي الى جانب الفعل المادي .

أما اذا ما توافر فيه = حسن النية = ، تخلف = سوء النية = ،

فما تنتفي " القصد الجنائي " في الفعل المجرّم - وهو استعمال الحق هنا - كما ينتفي في الأفعال التي تقوم به ، في الجرائم المادية .

واذا اعتبرنا أن " القصد الجنائي "(1) يتكوّن من عنصرين : اتجاه ارادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة ، والعلم بتوافر أركان الجريمة ، نستطيع أن نقول : انّ الشخص الذي يمارس حقّه يعلم بتوافر عناصر الواقعة الاجرامية ،وان القانون يعاقب عليه ، وان ارادته تتجه نحو ارتكاب الجريمة مع ارادة النتيجة ، ولكن بالشعور بالضرورة أو الخطورة ، بمعنى أنه يشعر انّما يقوم بأفعال اجرامية ، ليس بقصد ارتكاب الجريمة أو نتيجتها ولكن بقصد ابعاد أخرى تعتمد على الغاية التي يرمي اليه حقّه .

وهذا يعني : أنّ صاحب الحق وهو يمارس حقه ، تصحبه " حسن النية " أثناء الاستعمال ، التي تنفي " القصد الجنائي " فدور حسن النية في استعمال الحق ، هو ابعاد فكرة الجريمة أو الاعتداء ، اذ هو يجعل القصد أو الغاية من ارتكاب الفعل ، متفقا مع قصد أو غاية القانون منه ، وهو " دفع الضرر " .

---

(1) د : علي راشد - مرجع سابق - ص: 356 .

كذلك فان دور = حسن النية = في = القصد الجنائي = بالنسبة للجرائم العادية ، هو نفي الارادة الآثمة ، وبالتالي نفي = القصد الجنائي = أي = سوء النية =.[1]

فمن يطلق النار باتجاه المزارع متعقبا حيوانا بريا بقصد اصطياده ، فيصيب انسانا يجهل وجوده ، فيقتله ، فلا يعاقب على جريمة عمدية وذلك لانتفاء = القصد الجنائي لديه ، وانما يعاقب على جريمة غير عمدية ، باعتبار أن = نيته حسنة = وأن حسن النية عنده ، ينفي القصد الجنائي ، أي سوء النية ، وان كان لا ينفي الجريمة غير العمدية.[2]

هذا وان = لحسن النية مدلول مستقر في القانون الجنائي ، هو انتفاء القصد الجنائي ، ذلك أن القصد هو ارادة متجهة الى مخالفة القانون ، أي متجهة الى الاعتداء على الحقوق التي يحميها القانون ، فمن انتفت هذه الارادة لديه ، فلم يكن مستهدفا مخالفة القانون أو الاعتداء على حقه ، فقد انتفت لديه = النية السيئة = وتوافر لديه = حسن النية =.[3]

---

(1) د : علي راشد - مرجع سابق - ص : 357 .
(2) د : عثمان سعيد عثمان - مرجع سابق - ص : 407 .
(3) د : محمود نجيب حسني - مرجع سابق - ص : 225 (أسباب الاباحة).

وعليه : نخلص الى أن دور = حسن النية = واحد في حالتي = القصد الجنائي واستعمال الحق = ، ففي الحالتين ، انتفاء الارادة الآثمة ينفي فكرة الاعتداء ، الا أن حسن النية في استعمال الحق ، يمحو الجريمة بينما ، حسن النية في الجرائم العادية — حيث القصد الجنائي — فانه يمحو الركن المعنوي ، فلا تقوم الجريمة العمدية .

ذلك أن استعمال الحق ، عندما يكون = سبب تبرير = ، من شأنه أن يعطل نص التجريم ، أي اعتبار الجريمة كئن لم تكن ، وان وجدت في الظاهر ، بأن توافرلها الركن المادي ، ثم اتجاه الارادة الى احداث الفعل ، أما في الجرائم الأخرى ، فانها تعتبر تامة ، متى توافر لها الفعل والقصد الجنائي ، الا أن حسن النية ، في الجرائم العادية ، يمحو الركن المعنوي فقط ، فلا تقوم الجريمة العمدية أصلا .

أما في استعمال الحق ، فان حسن النية ، يتضافر مع شروط أخرى ، فيجعل الشارع من جملتها سببا أكثر قوة وأبعد أثرا ، أي اعتبار الجريمة وكأنها لم تكن ، لأن الشارع في هذه الحالة يمزج غايته مع غاية الفاعل حيث يتبين أن قصد الفاعل يحقق مصلحة أجدر وأولى

بالاعتبار من غيرها .

لأنها تحقق (علة وغاية) التبرير في استعمال الحق ، فالعملية الجراحية مثلا ، أو اجهاض الأم الذي يتهددها خطر الموت (م 308ع) تعتبر اعتداء على سلامة الجسم أو حياة الجنين ، ولكن اذا أجراها طبيب أو جراح بحسن نية ، زال عنها وصف الاعتداء قانونا ، أولا : لعلة (دفع الخطر) وثانيا ، لأن قصد الفاعل حسن النية قد اتحد مع قصد المشرع ، ليحقق العلاج والشفاء ، وهكذا يقال في سائر تطبيقات استعمال الحق.[1]

كما أن = حسن النية = يعتبر من كليات القانون ، وأنه يستخلص من ظروف كل دعوى ، ولذلك فهو يخضع لرقابة محكمة النقض.[1]

الا أن بعض الشراح الذين يعتمدون (نص القانون) علة للتبرير ، يصلون الى ما توصلنا اليه بشأن = دور حسن النية في استعمال الحق والقصد الجنائي = ولكن بتكييف آخر .

اذ يرون أن القصد الجنائي ما هو الا توجيه الارادة نحو احداث غاية أو نتيجة معينة ، يعتبرها القانون

---

(1) د . محمود محمود مصطفى ــ القسم الخاص ــ ص : 354 .

اجرامية ، ومن ثمّ يحظرها .

ومثله استعمال الحق ، ما هو الاّ عن توجيه الارادة نحو احداث غاية ، أو نتيجة معيّنة ، يعتبرهما القانون مباحة ، ومن ثمّ لا يحظرها .

وهي لو لم يبيحها القانون ، اعتبرت نتيجة اجرامية ، ولكن القانون لا يعتبرها اجرامية ، لأن المشرّع يقدّر ظروف كل فعل ، فيستحسن أنها لا معيّنة ، ويجعل ارتكابها أو اتيانها مباحا ، ويستنكر أنها لا أخرى ، فيجعل ارتكابها مجرّما ، وذلك نظرا للغاية التي يتوخاها من الفعل ، أو المصلحة التي يدافع عنها .[1]

(1) وفي هذا المعنى يقول (شكسبير) = ليس ثمة شيء خير أو شرّ ، انما نظرتك اليه هي التي تجعله يبدو خيرا اوشرا (انظر د : عثمان سعيد عثمان - ص - 410 - وهذه ايضا هي فكرة (التحسين والتقبيح) عند فقهاء المعتزلة (انظر : فجر الاسلام - احمد امين - ص : 150) .

- وهكذا يقال ايضا في الفقه الماركسي = ان الفعل يعد مشروع وغير مشروع في نفس الوقت ، طبقا لوضع المصلحة في اطار الصراع بين المصالح (انظر : د : ابراهيم زكي اخنوخ - حالة الضرورة - الهامش - ص : 57) .

د : احمد فتحي سرور - مرجع سابق - ص : 223 .

د : عثمان سعيد عثمان - مرجع سابق - ص : 411 .

المطلب الثاني : الجهل والغلط في استعمال الحق .

الأصل أن صاحب الحق يستفيد من فعل التبرير أو الاباحة ، عند ما يستعمل حقه وهو عالم ومحيط بظروف الفعل وملابساته ونتائجه ، وتوافر جميع الشروط التي تجعل منه عملا أو فعلا مباحا .

الا أن صاحب الحق قد يقع أحيانا في جهل أو غلط منه حيث يتوهم قيام سبب الاباحة بكل شروطه ،بينما في الحقيقة أن هذا السبب غير موجود ، أو العكس حيث يتوهم عدم توافر سبب الاباحة وكان الواقع خلاف ذلك ، فهل يسأل ، أم أنه يستفيد من حكم التبرير؟ هذا ما نبحثه في نقطتين : أولا : الجهل في استعمال الحق . ثانيا : الغلط في استعمال الحق .

أولا : الجهل في استعمال الحق :

يجمع الفقه على أن الجهل بأسباب الاباحة عامة ، ومنها استعمال الحق ، لا يحول دون توافرها .

حيث يفترض الجهل بها ، توافر سبب الاباحة بكل شروطه

التي يحددها القانون ، واعتقاد مرتكب الفعل غير ذلك أي اعتقاده أن سبب التبرير لم يتوافر وأن فعله غير مشروع (الجريمة التصورية) كالطبيب يجهض سيدة بدون قصد العلاج ، وانما تلبية لرغبتها (حيث تطبق بحقه أحكام المادة : 304ع ج) ، ثم يتضح فيما بعد أن هذا الاجهاض كان ضروريا لازما ، حيث أنقذ السيدة من خطر موت محقق كان يتهددها لولا واقعة الاجهاض (حيث يستفيد من حكم المادة : 308ع ج) .

لأن القاعدة في أسباب الاباحة عامة - واستعمال الحق واحد منها - أنها موضوعية مادية ، وان الأصل في الجهل بها ، لا يحول دون توافرها ، ولو اعتقد الفاعل أنها غير موجودة أو متوافرة ، لخطأ منه في فهم القانون ، أو الوقائع أو جهلهما .[1]

ولكن يجب التمييز بين الخطأ في الوقائع ، والجهل بالقانون

(1) د : روؤف عبيد - مرجع سابق - ص : 596 .
د : عثمان سعيد عثمان - مرجع سابق - ص : 508 .
د : محمود نجيب حسني - القسم العام - ص : 171 .
د : عوض محمد عوض - مرجع سابق - ص : 119 .
د : علي راشد - مرجع سابق - ص : 375 .
د : رضا فرج - مرجع سابق - ص : 175 .
انظر المواد : 323ع لبناني . 67ع ليبي . 85ع اردني . 37ع عراقي . 02ع مغربي . 36ع تونسي .

- Bouzat -P:I67.
- Garçon -P:94.
- Roux -P:I8I.
- Ratanlal -P:I87.

اذ لا يصلح الجهل بالقانون دفعا للمسئولية عن الجريمة وهذا تطبيقا للمبدأ الذي ينص على أنه = لا عذر في جهل القانون = ، ومثال ذلك ، الزوج الذي يعتقل زوجته في المسكن ويغلق عليها الباب والنوافذ مدة طويلة (مدة السفر) اعتقادا منه أن الشريعة أو القانون يخوله مثل هذا الحق ، فيرتكب جريمة حبس شخص بدون وجه حق (م : 291ع) ، أو من يفشي سرا مؤتمن عليه ، اعتقادا منه بأن القانون يأذن له بذلك (م : 301ـ 302ع) الخ .

ففي هذه الحالات وأمثالها لا عذر في جهل القانون ، حيث تترتب المسئولية الجنائية بارتكاب الجريمة ، كحالة ضابط الشرطة القضائية أيضا ، الذي يقوم بتفتيش منزل بغير ارادة المتهم وبدون اذن قضائي ، مدعيا أن القانون يسمح له بذلك ، فيرتكب جريمة اساءة استعمال السلطة ضد الأفراد (م : 135ع) ، بسبب جهله القانون .

ثانيا : الغلط في استعمال الحق :

يكون الغلط في استعمال الحق ، حيث يتوهم الجاني توافر سبب الاباحة بكل شروطه ، في حين أن هذا السبب غير متوافر أو بعبارة أخرى ، يفترض هذا الغلط ،

اعتقاد الجاني توافر الوقائع التي يقوم سبب الاباحة بالنظر اليها ، في حين أن هذه الوقائع ليست متوافرة كمن يرد على السب بالسب ، أو على التهديد بالتهديد ، أو الضربة بالضربة ، متوهما أن له حق الدفاع المشروع (م ٣٩ ف ٢ ع) ، أو العكس ، كمن ينزع منقولا من حيازة آخر متوهما أنه مملوك لمن كان بحوزته ، ثم يتضح أنه ملكه هو ، اذ ان الاعتقاد بعدم ملكية الشيء ، لا يقوم مقام عدم الملكية ، كذلك لا يستوي الجهل بوجود حق يبيح قيامه ، بعدم قيام الاباحة .

ونظرية الغلط في الوقائع أو الظروف ، التي تقوم عليها الاباحة ، تبنى على مبدأ عام في القانون مقتضاه : = أن الغلط في الواقعة ينفي القصد الجنائي = ، اذ لا تجوز المساءلة بوصف العمد ، اذا كان هناك غلط في الوقائع التي تبنى عليها الاباحة ، فالفاعل لم يقصد الاعتداء ، ولا يكون الفاعل مسئولا جنائيا اذا ثبت أنه أتى الفعل بعد التثبت والتحري اللازمين ، وأنه كان يعتقد مشروعية الفعل ، وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة .

فالغلط حينئذ يقع فيه الشخص العادي ، لذا كان غلطه في تقدير الظروف أو الوقائع ، ينفي عنه المسئولية .

على اعتبار أن نظرية الغلط في الوقائع أو الظروف التي تقوم عليها الاباحة ، تبنى على مبدأ عام في القانون ، مقتضاه = أن الانسان لا يكلف بما ليس في وسعه = وعليه : فان سبب استعمال الحق ، كسائر أسباب الاباحة ، موضوعي ، يحدث أثره من حيث تعطيل نص التجريم ، بغض النظر عن الحالة التي يكون فيها مرتكب الفعل ، نسيان كان عالما بقيام السبب ، أو كان جاهلا وجوده ، فالفعل يكون مباحا في الحالتين.(1)

---

(1) د : رمسيس بنهام - الاتجاه الحديث في الفعل والفاعل والمسئولية - مجلة الحقوق - عدد : 1 و 2 - س : 9 - ص : 23 - 38 .
د : محمود محمود مصطفى - مرجع سابق - ص : 157 - 197 .
د : رؤوف عبيد - مرجع سابق - ص : 489 .
انظر المواد : 215 ع كويتي . 14 ع قطري . 12 ع امارات متحدة .
86 و 87 ع أردني .

المبحث الرابع : رضاء المجني عليه .

الرضا من الناحية القانونية ، عبارة عن تصرف قانوني بمعنى أنه تعبير عن ارادة اتجهت لاحداث نتيجة قانونية حيث يعترف القانون بأن تترتب عليها الآثار التي يهدف اليها من صدر عنه الرضاء ، سواء كان هذا التصرف منصباً على المال أو النفس أو الحرية الشخصية بشتى صورها .
ذلك لأن هذا التصرف قد تكاملت فيه العناصر المنتجة لأثره ، فهو ينطوي على عنصر مادي يتمثل في التعبير أو الاعلان عن الارادة ، وعلى عنصر معنوي يتمثل في قصد النتيجة والرغبة فيها ، ومن ثم يعتد به القانون ، مادام لم يصطدم بحظر ، فاذا اصطدم بحظر القانون أعتبر لاغيا .
وللرضا وضعان : ـ وضع يأتي فيه الراضي الفعل بنفسه ـ ووضع يأتي فيه الغير الفعل ، بناء على رضاء صاحب الحق . فالغير يستعمل حقا بناء على التفويض أو التنازل الذي يتضمنه الرضاء الأول ، وعلى ذلك يعتبر الطبيب مفوضا في استعمال حق المريض في اجراء الجراحات الطبية .
ويرى البحث أن رضاء المجني عليه يعتبر استعمالا لحق ، اذا نظرنا اليه من ناحية من يرضى الاعتداء على حقه ، فصاحب الحق يستعمله بنفسه أو يأذن للغير باستعماله.(1)

(1) د : محمود محمود مصطفى ـ مرجع سابق ص : 161 .
د : عثمان سعيد عثمان ـ مرجع سابق ص : 403 و 474 .
د : علي راشد ـ مرجع سابق ص : 505 .

الا أن المستخلص من نقسه القانون الجنائي ، وقانون العقوبات ـ أن رضاء المجنى عليه لا يحول في الأصل دون قيام الجريمة ، ولا يمكن اعتباره سببا عاما للتبرير (اللهم الا في بعض جرائم الأموال ، وهذا ما لا يهمنا هنا) ـ ثانيا ، أن طائفة من الجرائم يحدد رضاء المجنى عليه نافيا الصفة غير المشروعة للفعل كجريمة ، ثالثا ، ان بعض الحالات يعتبر رضاء المجنى عليه حائلا يمنع النيابة العامة من اتخاذ الاجراءات القانونية الا بناء على شكوى المجنى عليه ، واتخاذ صفة الادعاء الشخصي .

وتتجلى هذه الحالات الثلاث بالآتي :

أولا : عدم اعتبار رضاء المجنى عليه مبررا للفعل :

تظهر هذه الحالة في المادة : 304ع ، التي تعاقب على الاجهاض أو الشروع فيه ، ولو تم برضاء المجنى عليها ، ومثلها المادة : 326ع ، التي تعاقب على خطف القاصر ولو تم الخطاف برضائه ، كذلك المادة : 273ع التي تعاقب كل من ساعد شخصا على الانتحار اذا نفذ الانتحار ولو كان برضاء المجنى عليه ، والمادة : / 395ع ، التي تعاقب على الحريق ولو كان القائم به صاحب المال .

وعليه : لا أثر البتة للرضاء في تبرير الجريمة .

ثانيا : اعتبار رضاء المجنى عليه مبررا للجريمة :

تتجلى هذه الحالة في المادة : 443ع ، التي تعاقب على قتل الحيوان المستأنس ، فاذا تم ذلك برضاء مالكه فلا عقوبة .

ومثلها المادة : 444ع التي تعاقب على اتلاف الاشجار والمزروعات فاذا تم ذلك برضاء المالك فلا جريمة (والملاحظ أن هذه الأفعال ترتكب ضد المال بمعنى أنها جرائم أموال) .

وكذلك المادة : 135ع ، التي تعاقب على دخول المنازل دون رضاء أصحابها ، فاذا تم الدخول برضاء أصحابها فلا جريمة.

ثالثا : اعتبار رضاء المجني عليه مانعا من تحريك الدعوى :

وتشكل هذه الحالة مضمون المادة : 330ع ، التي تعاقب أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته ، أو الزوج الذي يتخلى عمدا عن زوجته الحامل ، وذلك لمدة تجاوز الشهرين ، ومع ذلك لا تتخذ الاجراءات الا بناء على شكوى . والمادة : 368ع ، التي تنص على السرقات بين الاقارب لكنها تمنع العقاب ، ولا تخول الا الحق في التعويض المدني ، ولكن لا يجوز اتخاذ الاجراءات الجزائية أو المدنية الا بناء على شكوى ، ومثلها المادة : 339ع ، المتعلقة بالزنا ، التي تنص فقرتها الرابعة على أن لا تتخذ الاجراءات الا بناء على شكوى الزوج المضرور .. الخ .

ومما تقدم : نجد أن لا أثر لرضاء المجني عليه في استعمال الحق كسبب للتبرير ، في القانون الجنائي .(1)

(1) د: ابراهيم زكي أخنوخ — مذكرات في القانون الجنائي — الجزائر — 76 / 1977 .

د: رضا فرج — مرجع سابق — ص: 188 .

د: احمد مطاطلة — دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري — الجزائر — 73 / 1974 .

المبحث الخامس : استعمال الحق بالنيابة .

من الأمور الطبيعية ، أن يستعمل الحق صاحبه ، وهذا شرط منطقي ومتسق مع طبيعة الأمور ، وصاحب الحق هو من يبيح له القانون ارتكاب الفعل الذي يستعمل به حقه ، لتحقيق المصلحة التي ينطوي عليها . وقد يتكفل القانون بتحديد صاحب الحق ، وقد لايكون ثمة حاجة الى مثل هذا التحديد ، على أنه في حالة ما اذا تكفل القانون بهذه المهمة ، فان ذلك يكون بذكر الشروط التي يجب أن تتوافر في الشخص لحظة نشأة الحق .

كحق الدفاع الشرعي ، فصاحبه هنا ، هو كل من يوجد في الظروف التي تبيح الدفاع ، وصاحب الحق في التأديب ، كل من تتوافر فيه شروط الزوج بالنسبة لتأديب الزوجة ، والولي الشرعي بالنسبة لحق تأديب الأولاد .. الخ .

وعليه : فانه يلزم لتحديد صاحب الحق ، الرجوع الى القانون أو النصوص التي تنشئ كل حق .

أمّا اذا ما أردنا معرفة حق ما ، فيما اذا كان قابلا للاستعمال بالنيابة أم غير قابل ، توجّب علينا أن ننظر الى طبيعة الحق .

والحقوق في هذا الشأن موضوع البحث ، تنقسم الى قسمين : حقوق لا تقبل النيابة ، وحقوق تقبلها .

1) فالحقوق التي لا تقبل النيابة من حيث استعمالها ، لها سببان ، - امّا نظرا لطبيعتها الذاتية ، كحق ممارسة الرياضة ، والظهور على الشواطئ أو أماكن الاستحمام بملابس الاستحمام ، والتنقل داخل وخارج الوطن .الخ .

- واما لأسباب يقدرها القانون ، فيمنع أن تستعمل الا من قبل من تقررت لمصلحته ، كأداء واجب الزوجة المقرّر للزوج وحده ، وحق التأديب للموكل له .

2) أمّا الحقوق التي تقبل النيابة فهي كثيرة ، وتتميّز بأنّها قابلة بطبيعتها أن تمارس من قبل نائب عن صاحبها الأصيل ، والقانون لا يمانع ذلك ، وقد يتولى هو نقل حق ما ، من الأصيل الى النائب عندما يقتضي الحال ، كنقل حق ولاية الولد من الأب الى الأم ، اذا سقطت عنه أو حكم عليه بالاهمال .(1)

---

(1) المادة : انظر المادة : 63 و 87 من قانون الاسرة الجزائري .

والحقوق التي تقبل الاستعمال بالنيابة ، لا يشترط فيمن يستعملها شروط اضافية (أعلى أو أخص) من صلاحية الانسان عادة ليقوم بأي عمل يوكل اليه ، أي أن يكون صاحب ارادة قادرة على تفهم ماهية التصرف القانوني .

والنيابة في استعمال الحق ، ليست قاصرة على الحقوق المالية فحسب ، بل مقصودة في كل حق يعترف القانون بدخوله في نطاق النيابة ، وانتقاله واستعماله بناء عليها ، من الأصيل الى النائب .

والمرجع في ذلك ، الى قواعد القانون ، التي تحدد نطاق النيابة لا الى طبيعة الحق ، وكذلك ما اذا كان ماليا أو غير مالي .

وان مصدر النيابة ، اما أن يكون القانون ، واما أن يكون الاتفاق أو العقد .

وعليه : فالنيابة نوعان : قانونية ، واتفاقية ،

- فالنيابة القانونية ، هي التي تقررها نصوص القانون كنيابة الولي أو الوصي أو القيم ، أو وكيل التفليسة أو المساعد القضائي الخ .

- أما النيابة الاتفاقية ، فهي التي تنشأ على أساس من تراضي ذوي الشأن ، وهنا تأخذ أسم (الوكالة)

هذا وان للنيابة مدلول واسع ، اذ تشمل كل من :
(الولاية ـ الوصاية ـ القوامة والوكالة) ، ومتى
كان الحق قابلا للاستعمال بالنيابة الاتفاقية ، فان
ذلك يتم باحدى وسيلتين : الوكالة ، والفضالة .
ـ والفقه الجنائي قد اهتم باظهار جوانب الوكالة
التي تتعلق باستعمال الحق ، نبين الأساس الذي
تقوم عليه اباحة الفعل الذي يرتكبه الوكيل نيابة
عن الأصيل ، وذلك بالنظر اليها كما ينظر الى النيابة
القانون المدني ، بأنها عبارة عن حلول ارادة النائب
محل ارادة الأصيل ، بحيث تنصرف الآثار القانونية ،
المترتبة على ارادة النائب الى الأصيل .
ـ كذلك هناك من يرى للفضالة قيمتها في القانون
الجنائي باعتبارها تستند الى الوكالة أو ترجع اليها .
والفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن
عاجل ، لحساب شخص آخر ، من تلقاء نفسه ، حيث
يصبح للفضولي مركز الوكيل ، له حقوقه وعليه التزاماته
وأنه لمن التناقض أن يعاقب على هذا الفعل .
وبناء عليه يباح للبائع أن يتصرف في المبيع الذي بقي
تحت يده ، على ذمة المشتري ، لمنع استيلاء قوات

العمد وعليه ، فلا يؤاخذ على نصب أو تعيبه (م : 150ق م)
كما يباح لمن شاهد حيوانا يحتضر ، أن يذبحه ليمكن صاحبه من الانتفاع بلحمه ، فلا يؤاخذ على جريمة قتل الحيوان (م : 443ع ج) .
كما لا يعد مرتكبا جريمة انتهاك حرمة المسكن ، من يكسر باب منزل لاطفاء نار تشتعل فيه (م : 135ع) .

وهكذا فالفضولي في مثل هذه الأحوال ، يستعمل حقا بالنيابة عن صاحبه ، واذا ما توافرت شروط ممارسة الحق بالنيابة ، فلا يسأل الفاعل تجاه صاحب الحق ، المفوض (وهو الأب في حالة تأديب الولد من طرف معلمه ، ولا تجاه الشخص الذي هو محل الحق ، أي الولد في نفس المثال) طالما كان هناك تفويضا خاصا .(1)

---

(1) انظر للمزيد :

ـ المادة : 571م ج ـ 583م ج .
ـ المادة : 135ع .
ـ المادة : 87و 100ق الاسرة .
ـ المادة : 150 ـ 159م ج .
د : عثمان سعيد عثمان ـ ص : 436 .
د : محمود مصطفى ـ القسم العام ـ ص : 135 .
د : السنهوري ـ المرجع ـ ص : 1390 .
د : محمود نجيب حسني ـ اسباب الاباحة ـ ص : 79 .
د : كامل مرسي ـ اصول القانون ـ ص : 481 .

الفصل الثاني : ارتكاب الفعل في الحدود المقررة للحق .

==========================   =========

من المعلوم أنّ لكلّ حق حدوده ، فمن يخرج عليها يتجاوز أو يسيء استعمال الحق ، ويكون شأنه شأن من لا يستحق حقاً ، بل معتدياً ، خاصّة اذا كان سيء النية ، وسواء كانت تلك الحدود عامة أو خاصّة .

ونتعرّض هنا ، الى الحدود العامة للحق ، التي يجب توافرها في كل حق ، أمّا الحدود الخاصة فتكون دراستها مع كلّ حق بصورة أفضل ، اذ لكل حق ميزاته الخاصة ، بينما تشترك جميع الحقوق في الحدود العامة ، مثل : عدم قصد الاضرار بالغير ، وعلى أن لا تكون الفائدة المجتناة من استعمال الحق قليلة بالنسبة للضرر الذي يلحق بالغير ، أو الحصول على فائدة غير مشروعة ، بحيث اذا ما تجاوز تلك الحدود ، عرّض نفسه المسئولية .

وهذا ما نبحثه في هذا الفصل في مبحثين : المبحث الأول : حدود الحق . المبحث الثاني : تجاوز حدود الاستعمال .

المبحث الأول : حدود الحق .

هذه الحدود مبينة بالمادة : 41 من القانون المدني ، التي تنص على أنه :

= يعتبر استعمال حق تعسفيا في الأحوال التالية :

ـ اذا وقع بقصد الاضرار بالغير .

ـ اذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير .

ـ اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .

وقد اعتمد الفقه الجنائي هذه الحدود ، مطلقا عليها اسم (الحدود الخاصة للحق) .(1)

ونحن نبحث في هذه الحدود على التالي :

أولا : قصد الاضرار بالغير :

المقصود بهذا الشرط ، أن تنصرف نية الفاعل الى احداث الاضرار بالغير ، كالمعلم الذي يضرب تلميذه

(1) د : علي راشد ـ القانون الجنائي ـ ص : 503 .
د : محمد الفاضل ـ المبادئ العامة في التشريع الجزائي ـ ص : 331 .

انتقاما من أبيه ، والزوج الذي يضرب زوجته بعدا عن البغض والكراهية ، لا رغبة في التأديب .

فاذا كان الاستعمال بقصد الضرر بالغير ، كان استعمالا تعسفيا أو ظالما .

واعتبر صاحبه ليس متجاوزا حدود حقه في الاستعمال فحسب ، بل ومتعديا ، بانتفاء حسن النية ، وثبوت سوئها ، وفي هذه الحالة لا يعتبر = دفعها للخطر = واستعمالا لحق ، بل هو اعتداء صارخ .

وهذا المعيار ذاتي ، مستقر في الفقه [1] ، والشيء الجوهري في هذا الموضوع ، هو توافر نية أو قصد الاضرار بالغير ، ولو اقتضى استعمال الحق الى تحصيل منفعة لصاحبه .

ويراعى ، أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق ، استعمالا يلحق الضرر بالغير ، متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك ، كما جرى القضاء أيضا على تطبيق الحكم نفسه

---

(1) في الفقه العربي والاجنبي والروماني والاسلامي (انظر في هذا د : فتحي الدريني - التعسف في استعمال الحق - ص: 344) .
- عاقب الدستور الجزائري على التعسف في استعمال السلطة (انظر المادة : 72 ، كما عاقب القانون المدني على التعسف في استعمال الحق - المادة : 41م .

في حالة تفاهة المصلحة التي تعود على صاحب الحق في هذه الحالة.(1)

ويرى البعض، أن قصد الاضرار بالغير ليس شرطا مطلقا، وانما ترد عليه استثناءات، كحق التأديب وغيره، وأن أساس الاباحة في هذه الاستثناءات، هو اعتبارات العدالة والمصلحة العامة، باعتبارها أولى بالرعاية من المصلحة الخاصة.

ونحن نرى، أن أساس التبرير هو علة = دفع الضرر = وأن لا توجد هناك استثناءات، باعتبار أن التأديب وغيره، أي جميع = حالات دفع الضرر = مقصود فيها أولا وأخيرا، دفع الضرر، ثانيا فكرة الاعتداء أو قصد الاعتداء، محققا مصلحة عامة، والضرر فيها واقع لا محالة، ولكنه ليس مقصودا لذاته (كما الحال في هذا الشرط)، بل يأتي عرضا، ولهذا ضحى المشرع بهذا الضرر العرضي في سبيل مصلحة أجدر وأولى بالاعتبار، وحتى لو تحققت مصلحة عامة - بحسب هذا الشرط، أي قصد الضرر - فلا تبرير، طالما كان الضرر أو احداث الضرر هو القصد، حيث أن المصلحة العامة جاءت عرضا، وليست مقصودة لذاتها.

(1) د: عثمان سعيد عثمان - مرجع سابق - ص: 362.

لأنّ هذا الشرط أو المعيار الذاتي ، لا ينطبق الا على حالة استعمال الحق ، اذا ما تبيّن منه (قصد الاضرار بالغير) ، دون أن يصحبه قصد آخر لصاحب الحق . كما ينطبق على حالة ما اذا تحققت له مصلحة عرضيّة غير مقصودة ، ما دام قصده الوحيد هو الاضرار بالغير.

واذا كان من العسير اثبات قصد الاضرار ، وهو معيار ذاتي محض ، فانّه يمكن القاضي أن يستعين بالقرائن القضائية من المسلك الخارجي للشخص ، مثل انعدام المصلحة أو تحقيق منفعة غير مقصودة .(1)

---

(1) د : فتحي الدريني ـ التعسف . ص: 345 .
ـ لم يتضمن القانون الجنائي مثل هذا الشرط ، وانما هو مأخوذ من القانون المدني (م : 41م) وهنا نلاحظ مدى تضامن القانون المدني والجنائي ليتم الانسجام في النظام القانوني في الدولة وأن القضية ليست قضية (تنازع) بقدر ما هي قضية تخصيص وانسجام .

ثانيا : الفائدة قليلة بالنسبة لضرر الغير :

يعني هذا الشرط ، أنه اذا كان الغرض من استعمال الحق الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير ، اعتبر الفاعل متجاوزا لحقه في الاستعمال أو متعسفا فيه ، مما يستتبع المسئولية .

وهذا معيار موضوعي مادي لا يحفل بالنية أو القصد بل يعتبر مجرد التسبب ولو كان في الأصل مشروعا ، موجبا للمسئولية .

فهو شرط ، ينصرف الى انعدام التناسب بين الفائدة والضرر ، أي رجحان الضرر على المصلحة ، رجحانا كبيرا ، فمتى كانت الفوائد التي يرمي الى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، اعتبر الشرط محققا .(1)

بحيث يشترط لاباحة الفعل أن تكون المصالح التي يرمي الى تحقيقها صاحب الحق ، متناسبة مع ما يصيب

(1) هذا المعيار مقرر عند الاصوليين والفقهاء واصحاب القواعد في الشريعة الاسلامية ، كما قننته مجلة الاحكام العدلية (انظر بهذا الشأن ـ د . فتحي الدريني ـ التعسف ... ص : 321 و 322 .

الغير من ضرر ، كما لمادة : 872 من القانون المدني ،

تعطي لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام حق المرور

(حق الارتفاق) في الاراضي المجاورة بالقدر اللازم

لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ، بحيث

لا يعاقب بمقتضى المادة : 386 من قانون العقوبات .

وأيضا اذا كان للانسان أن يدافع عن ماله ضد السرقة

فشرط ذلك ، أن تكون المصلحة التي تتحقق بالدفاع

متناسبة مع الضرر الذي يحدثه بالغير .

ويختلف هذا الشرط عن الأول (قصد الاضرار بالغير)

كون الأول ، يرتكز على نية الاضرار بالغير ، وهو معيار

ذاتي ، بينما الثاني ، يرتكز على عدم التناسب ، بين

الفائدة لصاحب الحق ، والضرر اللاحق بالغير ، وهو

معيار موضوعي كما نرى .

والفقه والقضاء مستقر على فكرة التناسب هذه .(1)

= فقد حكم بأن جنحة السرقة لا تبرر الدفاع بالقتل ، فمن

يحمد فانتا قاتلا على باب منزله لدرء السرقة ، يتجاوز

حدود حقه ، اذا قتل المعتدي = .(2)

(1) انظر في هذا الشأن د : فتحي الدريني — التعسف . . ص: 322 .

(2) د : محمود محمود مصطفى — القسم العام — ص: 136 .

كما حكم = بأنه لا يعتبر معقولا قتل النشال الذي يسرق منديلا ويهرب به =. (1)

وأيضا فقد حكم = أنه يعتبر متجاوزا حقه من يقتل شخصا ، باطلاق النار عليه ، لسرقة ثمار فاكهة =. (2)

وانعدام التوازن أو التناسب ، بين الفائدة والضرر يتمثل في الضرر الفاحش بصورة واضحة ، وفي الضرر العام بصورة أوضح .

كما ان انعدام التناسب هذا ، قد يتخذ قرينة على قصد الاضرار ، فيجتمع المعيار الأول والثاني معا .

أما اذا وقع ضرر طفيف وغير مقصود ، وكانت الفائدة المتوخاة تفوق الضرر بكثير ، فان الاستعمال يكون صحيحا ، اذ قلما ينتفي الضرر الخفيف لمن وقع عليه استعمال الحق ، كما في تأديب الأولاد ، والقيام بعمليات الاجهاض أو الجراحة . الخ ، ودائما العبرة في المصلحة المبتغاة ، التي تفوق الضرر غير المقصود بكثير ، والمتمثلة في = دفع الخطر = ، فائدة العدوان ، محققة المصلحة الحاصة .

(1) د : عثمان سعيد عثمان ص : 262 و 364 . حيث جاء هذا الحكم .
(2) د : فتحي الدريني ـ التعسف ـ ص : 346 حيث جاء هذا الحكم .
_ Bouzat _ P : 217 .
_ Williams _ P : 76.

ثالثا : الحصول على فائدة غير مشروعة :

يشترط أخيرا في التزام حدود استعمال الحق ، أن لا يكون الغرض من استعمال الحق = الحصول على فائدة غير مشروعة = .

وهذا معيار موضوعي كالثاني ، لكنّه مرن ، يجعل للقضاء سلطة واسعة في رقابة استعمال الحق .

والفائدة تعتبر غير مشروعة ، إمّا بسبب حظرها صراحة بنص القانون ، وإمّا بتعارضها مع النظام العام أو الآداب العامّة .

والفاعل في هذه الحالة — على ما نرى — لا يعتبر مستعملا حقا ، بل يعتبر معتديا ، فالطبيب الذي يجهض امرأة لا تستفيد من الحالة المنصوص عليها في المادة : 308ع ، بحيث لا يكون الاجهاض فيها للضرورة ، تطبّق عليه أحكام المادة : 304ع ، حيث يعتبر مرتكبا لجريمة الاجهاض ، لا مستعملا حقّا .

ومثله الرياضي ، الذي يعرقل زميله أو منافسه أثناء اللعب ، لفائدة نفسه أو فريقه ، يعتبر متعديا لا مستعملا حقا ، وكذا الأب الذي يرغم ابنه بالضرب للقيام بالسرقة.(1)

(1) د : محمد الفاضل — مرجع سابق — ص : 348 .
— محمد سلام مدكور — مرجع سابق — ص : 303 .

أو الأب الذي يرغم ابنته بالضرب ، لحملها على الفسق يتهم في الحالتين متعديا ، لا مستعملا حق التأديب.(1)

هذا وقد يتقيد استعمال الحق بقيود خاصة بالاضافة الى تلك الحدود العامة ، حيث ينص عليها مصدر الحق ، ومثال ذلك ، حدود حق الملكية ، حيث يجرم قانون العقوبات تصرف المالك في بعض الأحوال ، فيما اذا اختلس أو بدد أشياءه المحجوزة ، أو أحرق ماله (م: 397 و 398 ع) كذلك يتقيد حق الطبيب برضاء المريض بالعلاج ، وحق الفرد في القبض بقيام حالة التلبس ، وما الى ذلك .

---

(1) د : رمسيس بهنام — مرجع سابق — ص: 366 .

المبحث الثاني : تجاوز حدود الاستعمال :

ان استعمال الحق (بقصد الاضرار بالغير ، وكون الفائدة غير مشروعة أو غير متناسبة مع الضرر الكبير) ، تشكل الحدود العامة للحق ، فحمل تحقق هذه الحدود أو المعايير تجاوزا في استعمال الحق .

واذا كان الأمر كذلك ، فما هو مفهوم التجاوز ، وحكمه اذا ما تمّ (بحسن أو سوء نيّة) ، وما معيار التجاوز في استعمال الحق ؟

هذا ما نبحثه في نقطتين : أولا : مفهوم وحكم التجاوز . ثانيا : معيار التجاوز .

أولا : مفهوم وحكم التجاوز :

ان الاباحة استنادا الى استعمال الحق ، المقرر بمقتضى القانون ، مشروطة بعدم تجاوز الحدود التي رسمها القانون لهذا الحق .(1)

(1) د : محمد الفاضل — مرجع سابق — ص : 348 .

= المقصود بالتجاوز في استعمال الحق ، خروج الاستعمال عن حدود الحق ، سواء كانت تلك الحدود عامّة أو خاصّة ، وسواء كان ذلك الخروج عمدا بسوء نيّة ، أو عفوا بحسن نيّة .= (1)

وقد بيّنا آنفا ، تلك الحدود العامة للحق ، بصورة شاملة لكلّ الحقوق ، أمّا الحدود الخاصة ، فهي تتبع كلّ حق على حدة ، اذ لكلّ حق خاصيّته وحدوده .

وعليه ؛ فان مفهوم (التجاوز في استعمال الحق) يعني

= خروج صاحب الحق في استعماله حدود الحق ، بحسن أو سوء نيّة = .

أمّا حكم التجاوز في استعمال الحق ، فهو أنّه = اذا ما تم التجاوز (بحسن نيّة) أي بصورة غير عمديّة ، سئل الفاعل عن جريمة غير عمدية ، أما اذا تم التجاوز بصورة عمدية أي (بسوء نيّة) سئل الفاعل عن جريمة عمديّة .= (2)

---

(1) د : محمود نجيب حسني - القسم العام - ص : 243 .
د : عثمان سعيد عثمان - مرجع سابق - ص : 460 .
(2) د : رؤوف عبيد - مرجع سابق - ص : 529 .

ثانيا : معيار التجاوز .

الملاحظ ، أن فقهاء القانون الجنائي ، قد اهتموا بفكرة التجاوز في نطاق حق الدفاع الشرعي ، حيث يشترط في استعمال هذا الحق ، أن يقوم تناسب بين القوة المستعملة لدفع الخطر ، وبين جسامة الخطر ذاته .

فاذا انتفى التناسب المطلوب ، وقع المدافع في تجاوز حق الاستعمال ، وأن هذا التجاوز ، قد يقع (بحسن نية) كما يقع (بسوء نية) .(1)

ومن بحثنا لحدود استعمال الحق الثلاثة ، وهي : — قصد الاضرار بالغير . — الحصول على فائدة غير مشروعة . — الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشيء .

نرى : على أن (قصد الاضرار بالغير) يعتبر تعديا وليس تجاوز . كما أن (الحصول على فائدة غير مشروعة يعد أيضا تعديا وليس تجاوزا في الاستعمال .

أما الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشيء للغير مما يتطلب أن يتم أو يقع (التناسب) بين الفائدة والضرر ، فاذا وقع عدم التناسب ، كان الفاعل في تجاوز

(1) د : محمود نجيب حسني — القسم العام — ص : 244 .

لاستعمال حقه .

وأن هذا التجاوز قد يتم بحسن نية ، كما يتم بسوء نية

وعليه : فان هذا الحد في الحقيقة ، هو الحد الضروري

المفروض اعتماده ، حيث يشترط (التناسب) .

وهذا هو حال (حق الدفاع الشرعي) حيث يشترط

(التناسب) . (1)

لذا : نقترح أن تكون فكرة (التناسب) هي المعيار

العام ، للتجاوز في استعمال الحق في القانون الجنائي

والمدني معا .

سيما وأن تلك المعايير أو الحدود ، التي اعتبرت كحدود

عامة لاستعمال الحق ، والتي أخذت عن القانون المدني

قد وضعت أصلا (لاستعمال الحق في القانون المدني)

ومن الصعوبة تطبيقها (كَكل) على استعمال الحق في

القانون الجنائي ، لو لم نأخذ بفكرة (التناسب) .

---

(1) د : علي راشد ـ القانون الجنائي ـ ص : 549 .
د : فتحي الدريني ـ التعسف . ـ ص : 328 .

الخلاصة العامة للباب الثاني .

مما يستخلص من هذا الباب ، أن الشروط الواجب توافرها لاستعمال الحق كسبب للتبرير ، متنوعة ، وصارمة ، بقدر ما يكون تبرير استعمال الحق استثناء للفعل المجرم ، وبقدر ما يوقف تطبيق قانون العقوبات .

وهذا ما يدل على صعوبة توافر هذه الشروط ، وقلة تطبيقها ، ولكن ولو كانت قليلة ، لا يخلو تبرير ممارسة الحق من تطبيقات ، ونجد القانون نفسه ينص على بعض من هذه التطبيقات .

الباب الثالث

تطبيقات استعمال الحق .

=========================

===

تقديم :

توصلنا في البابين السابقين ، الى أن المشرع قد أذن لكل صاحب حق قانوني ، باستعمال حقه وفق شروط التبرير ، لهذا الحق .

الا أن المشرع قد ترك الأعمال المأذون بها قانونا ، دون تحديد ، فأصبح يندرج تحتها ، كل الأعمال التي تستند الى اذن القانون ، وهي أعمال كثيرة بطبيعة الحال ، يتسع لها نص المادة : 39 ف 1 عقوبات ، وتمتد بالتالي الى أعمال مباحة أو مبررة .

واذا كان يختلف حق عن آخر ، فيما يخوله من مزايا ، كذلك تختلف الجرائم المباحة ، باختلاف تلك الحقوق ، ومن العسير حصر الحقوق والجرائم التي تعتبر مباحة أو بات من العسير حصرها .

واذا ما شرعنا في تصنيف أهم التطبيقات لاستعمال الحق كسبب للتبرير ، نجد أن بعضها يصدر عن القانون والبعض الآخر ، يعتمد على العرف ، وهذا ما نتطرق اليه في الفصلين الآتيين :

- الفصل الأول : التطبيقات القانونية .

- الفصل الثاني : التطبيقات العرفية .

الفصل الأول : التطبيقات القانونية .

بعض التطبيقات القانونية ، ورد النص عليها بقانون العقوبات ، مثل : حق الدفاع المشروع ، وحق الاجهاض في حين أن قانون الاجراءات الجزائية ، لا ينص الا على حق القاء القبض على المجرم المتلبس بجريمة الجنحة أو الجناية .

كما أن الدستور ، قد تضمن حق النقد بخصوص جرائم القذف والسب ، وقانون الأسرة تضمن حق التأديب بالنسبة للزوجة والأولاد ، بارجاعه الى أحكام الشريعة الاسلامية .

وهذا ما نبحثه في المباحث الخمسة الآتيه :

المبحث الأول : حق الدفاع المشروع .

المبحث الثاني : حق الاجهاض .

المبحث الثالث : حق القاء القبض .

المبحث الرابع : حق النقد .

المبحث الخامس : حق التأديب .

المبحث الأول : حق الدفاع المشروع :

جاء النص على هذا الحق ، في كل من المادة :

/ 39 ف 2 ع ، التي تنص على أن = لا جريمة : 2) اذا كان الفعل قد دفعت اليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير ، أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء[1] = .

والمادة : 40ع ، التي تنص على أنه = يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع : 1) القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل .
2) الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة = .

ومن نص هاتين المادتين ، يتضح أنه : لا جريمة وبالتالي ، لا مسئولية على مستعمل حق الدفاع الشرعي ، الا أن استعمال حق الدفاع الشرعي لن يكون سليما ، الا اذا توافرت ، شروط ممارسة هذا الحق ، والتزام حدوده ، ومن ثم عدم التجاوز لحدود هذا الحق ، لذا ، نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب : المطلب الأول : شروط ممارسة حق الدفاع الشرعي ، المطلب الثاني : حدود حق الدفاع الشرعي . المطلب الثالث : تجاوز حق الدفاع الشرعي .[2]

---

(1) الاصح أن يقال : خطر اعتداء .
(2) نستعمل كلمة (شرعي ، ومشروع) بمعنى واحد .

المطلب الأول : شروط ممارسة حق الدفاع المشروع .

يجمع الفقه[1] ، على أنه لا بد من ممارسة حق الدفاع المشروع ، ممارسة سليمة ، من توافر شرطين أساسيين الأول : حلول خطر وشيك الوقوع أو هو في مجرى نفاذه يشكل اعتداء ، الثاني : لزوم القوة لدفع هذا الخطر . لذا نتطرق بالبحث الى هذين الشرطين .

أولا : حلول خطر اعتداء :

- من المحقق فيه أن حق الدفاع المشروع ، لا ينشأ ولا يقوم الا اذا وجد خطر اعتداء ،[2] سواء كان الخطر وشيك الوقوع ، أو هو في مجرى نفاذه يشكل اعتداء ، ولكنه لم يتم بعد .

وهذا ما عبرت عنه المادة : 39ف2.ع ، بقولها : = اذا كان الفعل قد دفعت اليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع = .

فالضرورة الحالة هنا ، هي خطر وقوع اعتداء ، أما اذا

---

(1) انظر : د : عثمان سعيد عثمان - المرجع - ص : 211 .
د : محمد الفاضل - المرجع - ص : 332 .
د : علي راشد - المرجع - ص : 520 .
(2) هذا الشرط يجب أن يتوافر في جميع تطبيقات استعمال الحق ، ودراستنا له هنا ، من باب التخصيص والتعميم .

تم الاعتداء وانتهى ، فلا دفاع شرعي ، حيث تكون الجريمة قد وقعت وانتهت ، وما على المجنى عليه الا مواجهة السلطة العامة ، أو القضاء ، للحصول على حقه وانصافه من الجاني .

ذلك أن المجنى عليه ، يجب أن يقف من الخطر موقف المدافع ، فيدرأه عن نفسه ، أو عن النفس أو المال المهدد بالخطر ، فورا ، لا بعد انتهاء الخطر ، واتمام الاعتداء بشكل جريمة ، أما اذا رد على الاعتداء بعد انتهائه ، فيكون قد ارتكب اعتداء جديدا ، آخذا الحق لنفسه بنفسه ، مخالفا المبدأ الأصولي من = أنه لا يجوز لأحد أن يأخذ الحق بنفسه أو ، أن الانسان لا يقيم العدالة لنفسه = ، مشكلا بفعله انتقاما أو ثأرا ، وهذا ما يمنعه القانون .(1)

- كما لا بد من أن يكون الخطر الذي يتهدد المدافع ، المجنى عليه ، من كونه يشكل جريمة ، يستوجب دفعها أما اذا كان الخطر لا يشكل في حال اتمامه جريمة ، بل هو حق ، فلا موجب عندها بالادعاء في أو بحق الدفاع الشرعي ، = كما لو تقدم محضر لتوقيع الحجز على الأموال بصورة قانونية = ،(2) أو تقدم شرطي أو أحد أفراد الناس ، لالقاء القبض على مجرم متلبس في جريمة مشهودة .

(1) أنظر صفحة : 24 _ من هذه الرسالة .
(2) د : علي راشد _ المرجع ص : 523 .

أو في حالة تأديب الولي الشرعي للولد ، فلا وجه هنا للادعاء بحق الدفاع الشرعي ، لأن الفعل يعتبر استعمال حق مباح ولا يشكل جريمة ، ولهذا : فلا دفاع شرعي ضد الدفاع الشرعي .(1)

وعليه : فان الجرائم التي ينشأ الحق لدفعها ، هي الجرائم غير المشروعة ، والتي تشكل (خطر اعتداء) وهي في المادة : 39ع ، الجرائم التي تشكل خطرا على النفس أو المال للشخص ، ونفس أو مال الغير ، وهي في المادة : 40ع الجرائم الواقعة على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل ، أو الواقعة على النفس أو الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة .

ودفع الخطر هنا ، يبيح الفعل بصورة قتل أو جرح أو ضرب ، الا أن حق الدفاع الشرعي لا يقوم اذا كان مصدر الخطر ، ممن لا يتمتع بالمسئولية الجنائية ، كالصغير غير المميز ، أو المجنون ، أو السكران بغير اختياره ، أو المكره الا أنه يقوم في صورة هجوم حيوان مستأنس ، في حين

(1) د: علي راشد ـ المرجع ـ ص: 524 .
د: محمد الفاضل ـ المرجع ـ ص: 335 .

يرتد قيامه بعض الفقهاء الى حالة الضرورة ، لا الى حق الدفاع المشروع ، ولكن قيامه ثابت في الحالين .(1)

ونحن نؤيد اعتباره (حالة ضرورة) باعتبار أن النص موجه في خطابه الى الانسان المتمتع بالمسئولية الجنائية ، لا الى الحيوان .

كذلك فان الأعذار القانونية ، لا تحول دون قيام حق الدفاع الشرعي ، كحالة من يفاجئ زوجه بجريمة الزنا ، مع شريكها ، فللزوجة والشريك حق الدفاع الشرعي ، اذا ما تعرضا الى خطر اعتداء ، من قبل الزوج ، لأن فعل الزوج ليس مباحا أو مبررا .(2)

— وأخيرا ، يجب أن يكون خطر الاعتداء ، حقيقيا لا وهميا أو تصوريا ، الا اذا كان اعتقاد المدافع جازما ومعقولا بأن الخطر حقيقي ، فيكفي عندها هذا الاعتقاد الجازم لنشوء أو قيام حق الدفاع المشروع ، اذ العبرة ، في أن الخطر حقيقي في اعتقاد المتهم ، فقد حكم = بأنه يلزم على كل حال لنشوء الحق في الدفاع المشروع ، أن يكون قد وقع فعل ايجابي يخشى منه المتهم وقوع جريمة من الجرائم التي يجوز فيها الدفاع الشرعي = .(3)

(1) د : محمد الفاضل ـ المرجع ـ ص : 336 .

(2) انظر المواد : 279ع جزائري ، 153ع كويتي ، 375ع ليبي ، م : 207ع تونسي ، 418ع مغربي (حالة تلبس بالزنا) .

(3) نقض اكتوبر : 31 منه س : 1932 مجموعة القواعد : ج 2 رقم : 381 د : علي راشد ـ المرجع ـ ص : 526 . د : محمد الفاضل ـ المرجع ـ ص : 337) .

ثانيا : لزوم القوة لدفع خطر الاعتداء :

ان دفع خطر اعتداء ما ، اذا لم يستدعي استعمال القوة ، فلا موجب البتة لهذا الاستعمال ، كمن يتعرض للسب ، فيرد عليه بالضرب ، فهذا اعتداء وليس باستعمال حق ، حتى ولو كان الرد بالسب .

والقاعدة : هي أن تقدير ما اذا كان استعمال القوة لازما ، أو غير لازم ، مسألة موضوعية ، من اختصاص محكمة الموضوع للفصل فيها ، دون رقابة محكمة النقض .
وهذا يعني ، أنه يجب في دفع خطر اعتداء ، أن يكون مما يتطلب استعمال القوة المادية ، وكون أن القوة ، هي الوسيلة الوحيدة لدفعه .
وبالطبع لا وجود للدفاع الشرعي ، اذا كان بالامكان الاحتماء بالسلطة العامة ، في الوقت المناسب ، مما مفاده أنه يجب أن يكون الخطر حالا وشيك الوقوع ، أو هو في مجرى نفاذه فعلا ، بحيث لا يترك للمدافع مجالا للاحتماء بالسلطة ، وهذا مستفاد من نص المادة : 39ع ، التي تنص على أن = لا جريمة : اذا كان الفعل قد دفعت اليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع .. = .
وعليه : لا بد لتحقيق = شرط لزوم القوة لدفع خطر الاعتداء من تحقيق أو توافر ثلاثة أمور :

1) حاجة دفع الخطر الى القوة المادية . 2) كون القوة المادية ، هي الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر . 3) كون الخطر حالا ، وشيك الوقوع أو هو في مجرى النفاذ فعلا . والعبرة في النهاية ، لظروف الحال ، ثم لمقدار القوة اللازمة لدفع خطر الاعتداء ، أما اذا زال الخطر ، أو قد وقع وانتهى ، فلا داعي لاستعمال القوة ، اذ في هذه الحال ، تشكل اعتداء جديدا .(1)

المطلب الثاني : حدود حق الدفاع المشروع :

نصت المادة : 40 من قانون العقوبات ، على أنه : = يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع : 1) القتل أو الجرح أو الضرب = .

ويفهم من هذا ، أن المشرع قد أباح القتل والجرح والضرب ، بمعنى أنه أباح استعمال أقصى القوة التي تؤدي الى القتل ومن باب أولى أن يبيح القوة الأخف ، التي تؤدي الى الجرح أو الضرب .

ولكن حدود هذه القوة ، مشروطة بضرورة قيام التناسب بين مقدار القوة التي استعملت للدفاع المشروع ،

---

(1) د : محمد الفاضل ـ المرجع ـ ص : 340 .
د : علي راشد ـ المرجع ـ ص : 530 .
د : عثمان سعيد عثمان ـ المرجع ـ ص : 405 .
د : احمد فتحي سرور ـ المرجع ـ ص : 105 .

وجسامة خطر الاعتداء ، الذي سبّب استعمال هذه القوّة .

وهذا ما اشترطته الفقرة الثانية من المادة : 39ع ، بقولها :

= بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء = .

والحد الفاصل في التناسب ، بين استعمال القوة أو مقدارها وبين جسامة خطر الاعتداء ، متروك تقديره لقاضي الموضوع الذي يتوجب عليه ، أن يراعي فيه بصفة خاصة شخص المدافع والظروف المختلفة ، التي أحاطت به ، مهتديا بمقياس شخصي ، كأن يضع نفسه موضع المدافع من كافة الوجوه ، فلا يتقيد بتقديره الخاص المجرد على تفكيره الهادئ ، بعيدا عن ملابسات الواقعة ، وما أحاط بالمدافع من مختلف الظروف ، التي كانت ذات أثر محقق على تقديره هو .

= وقد أوضحت محكمة النقض ، أنّ المناط في تقدير ما اذا كان الاعتداء ، يبرر ما ارتكبه المدافع من أفعال ، ومن ثم في اعتبار هذه الأفعال متناسبة ، بحيث يتجه وجهة شخصية ، أي أن يراعي فيه بصفة خاصة ، شخص هذا الأخير ، والظروف المختلفة التي أحاطت به = .(1)

وعليه : فانه يجب أن يتوافر جانبان في التناسب :

1) تناسب قانوني ، بمعنى أن القتل لا يعد قانونيا ، وقدرا مناسبا في الدفاع الشرعي ، الا لرد تلك الأخطار

(1) نقض، 6 يناير 1941 مجموعة القواعد ، ج: 5 رقم : 181ص : 343 ، أنظر د : علي راشد ـ المرجع ـ ص: 540 . د : محمد الفاضل ـ المرجع ـ ص: 345 .

أو الاعتداءات التي حددها القانون على سبيل الحصر في المادتين : 39 و 40 عقوبات .

2) تناسب واقعي ، وهو ما يجب أن يستظهره قاضي الموضوع ، بحسب ظروف كل قضية .(1)

المطلب الثالث : تجاوز حدود الدفاع المشروع :

الفقه مجمع على أن التزام حدود حق الدفاع المشروع ، يعفي صاحبه من أية مسئولية جزائية أو مدنية ، ولا أثر في مشروعية حق الدفاع الشرعي ، والقوة التي استخدمها في دفع الخطر ، في حالة الغلط في الشخص أو الحيدة عن الهدف ، طالما كان الأمر بحسن نية .(2)

الا أنه لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع المشروع أثناء استعماله اياه ، دون أن يكون قاصدا احداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع .

فقد = حكم بأن المتهم قد تجاوز بحسن نية حدود الدفاع الشرعي ، اذا كان قد سرق غيطه في الليالي السابقة على الحادث ، ثم رأى في ليلة الحادث المجني عليه مع آخر

---

(1) د : محمد الفاضل ـ المرجع ـ ص : 345 .
(2) د : محمود محمود مصطفى ـ المرجع ـ ص : 213 .
د : محمود نجيب حسني ـ القسم العام ـ ص : 187 .

بجوار غيطه ، فاعتقد أنهما المعتادان سرقته ، فبادر بطعن المجني عليه بسكين أدت الى وفاته =[1] .

وعلى كل فان المدافع ، يجب أن لا يحاسب جنائيا ، على ما يدخل من القوة التي استخدمها في نطاق حقه في الدفاع المشروع ، لأن هذا القدر مباح بغير جدال ، وهذا هو مضمون الفقرة الثانية من المادة : 39ع = الا أن ما تجاوز به المدافع حدود حقه ، يعد بلا شك اعتداء يحاسب عليه جنائيا ، سواء كان بحسن أو سوء نية ، ولكن لا ضرورة لعقاب المتهم الا عن مقدار هذا التجاوز فحسب ، وفي حالة تعدي المدافع حدود حقه بحسن نية ، جاز للقاضي في حالة الجناية أن يعد المدافع معذورا ، وأن يحكم عليه بعقوبة الجنحة =[2] .

فقد = عذر شخص وهو حارس غنم استيقظ من نومه فجأة اثر هرج بجانبه ، فوجد رجلا وسط الغنم فظنه لصا ، فأسرع بأن أطلق عليه عيارا ناريا دفاعا عن نفسه وماله ، فقتله ، أما محكمة طنطا فاعتبرته قاتلا عمدا ، وحكمت عليه بالأشغال الشاقة عشر سنين ، أما محكمة الاستئناف ، فاعتبرته متعديا حق الدفاع عن النفس وعذرته ، وحكمت عليه بالحبس ستة أشهر فقط =[3] .

---

(1) د : عثمان سعيد عثمان ـ المرجع ـ ص : 405 .
ـ المادة : 254 عقوبات مصري .
(2) د : علي راشد ـ المرجع ـ ص : 550 . د : محمد الفاضل ـ المرجع ـ ص : 347 .
(3) جاء هذا الحكم في كتاب د : رمسيس بهنام ـ المرجع ـ ص : 360 .
د : محمود نجيب حسني ـ القسم العام ـ ص : 197 . د : علي راشد ـ المرجع ص : 550 .

هذا وان الادعاء بحق الدفاع المشروع ، من الطلبات الهامة ، التي يجب على القضاء بحثها استقلالا ، واجابتها أو رفضها رفضا مؤيدا بالدليل ، كما أن الادعاء بحق الدفاع الشرعي ، دفع متعلق بموضوع الدعوى ، فان التمسك به انما يكون أمام محكمة الموضوع لا أمام محكمة النقض ، الا أن لمحكمة النقض الرقابة على ما تسجله محكمة الموضوع في حكمها ، خاصا بتوافر شروط قيام الحق في الدفاع الشرعي ، وبالتزام حدوده القانونية ، وذلك لأن الفصل في هذا الأمر يعتبر فصلا في مسألة قانونية تتصل بتطبيق نصوص القانون .(1)

---

(1) د. احمد فتحي سرور - المرجع - ص: 216 .
د. محمد الفاضل - المرجع - ص: 351 .
- محمد سلام مدكور - المرجع - ص: 450 .

المبحث الثاني : حق الاجهاض :

أورد المشرع نصين خاصين على اعتبار أن انقاذ حياة الحامل هو من حالات الضرورة (كما يتراءى في النص) والتي لا عقاب عليها ، أولهما المادة 308ع ،

التي تنص على أن = لا عقوبة على الاجهاض اذا استوجبته ضرورة انقاذ حياة الأم من الخطر ، متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء ، وبعد ابلاغ السلطة الادارية =.

وثاني النصين المادتان : 28 و 414 من قانون الصحة العمومية اللتان تنصان (م : 28) = يحظر الاجهاض ويعاقب عنه[1] طبقا للأحكام المواد : من 304 الى 307 ومن 309 الى 313 من قانون العقوبات . ويكون الاجهاض مشروعا عندما يكون تدبيرا علاجيا لا بد منه لانقاذ حياة الأم من خطر محدق بها أو المحافظة على صحتها المهددة بخطر جسيم ، ويقوم به طبيب أو جراح بالتشاور مع أحد زملائه وبعد اعلام مدير الصحة في الولاية =.

(م : 414) = لا يجوز الشروع في الاجهاض العلاجي الا تطبيقا للأحكام المنصوص عليها في المادة : 28 من قانون الصحة العمومية وعندما تكون حياة الأم في خطر أو تكون

---

(1) الاصح ان يقال (عليه).

صحتها مهددة بشكل خطير وتسمح هذه العملية بأن يرتجى انقاذ حياة الأم .

ويقصد بالاجهاض العلاجي وقف الحمل المسبب بهدف علاجي وذلك قبل تاريخ قابلية الجنين للحياة .

ويتعين على الطبيب في حالة الاجهاض العلاجي وخارجا عن حالة العجلة القصوى ، أن يتقيد بالقواعد التاليه :

1 ـ اذا كانت المريضة ، بعد اعلامها قانونا بخطورة حالتها ، ترفض اجراء العملية ، وجب على الطبيب الامتثال لارادة المريضة التي عبرت عنها بكل حرية .

2 ـ اذا كان الطبيب يرى بناء على قناعته أنه ممنوع من ممارسة الاجهاض ، أمكنه الانسحاب بعد تأمين استمرارية العلاج لأحد زملائه (1) .

ومن هذين يتبين لنا أن القيام بالاجهاض ما هو الا فعل يقصد به (دفع الخطر) عن الحامل ، فهو استعمال حق ، تطبق عليه أحكام (نظرية أسباب الاباحة) أي أحكام (استعمال الحق كسبب للتبرير) شأنه شأن سائر الجرائم التي تحظى بتبرير القانون (م 39 ف ع) ولكن الأسباب الداعية الى الاجهاض ، تتسم بأهمية خاصة فقد تدعو الى التخلص من الحمل اعتبارات ذات وزن اجتماعي ، ومن ناحية أخرى ، يرد على قواعد هما

(1) انظر : المرسوم : 76 ـ 79 مؤرخ في 29 شوال عام 1396 الموافق 23 ـ اكتوبر سنة 1976 يتضمن قانون الصحة العمومية (الجريدة الرسمية ـ عدد : 101 السنة : 13 ـ 19 ديسمبر 1976 .

التحديد يسل حين تطبق على الاجهاض .

وتفسير ذلك ، أن تطبيقها يتطلب دائما موازنة بين حق الحامل وحق الجنين ، اذ تعرض بصورة نزاع بينهما وهذه الموازنة ، تنتهي بترجيح حق الأم باعتبارها الأهم اجتماعيا .

وبالاضافة الى ذلك فان الصلة العضوية بين الحامل والجنين ، تجعل فعل الاجهاض متحديا بالضرورة الى جسم الحامل ، مما يقتضي أن يكون لارادتها وزنا لها وزن في تقييم هذا الفعل .

ولكن يخالف هذه المصلحة ، خطر اجتماعي آخر ، يتمثل في طمع الأطباء في الغنم والسحت ، يحنى في الربح السهل واللاشرعي ، مما يفتح المجال الى تعميم استعمال هذه الطريقة ، بدون اعتبار للمصلحة الطبية ، ولكن لاهداف اجتماعية ، من جملتها تكاثر الأولاد في العائلة والتخلص من عبء تربيتهم .

الأمر الذي أدى بالمشرع الى أن يصرح (بمبدأ حق الاجهاض) ، الا أنه قيده تقييدا ضيقا من حيث الشروط وهذا ما نبحثه في مطلب أول ، ومن حيث الأثر ، وهذا ما نتطرق اليه في المطلب الثاني .

المطلب الأول : شروط القيام بحق الاجهاض .

ان الشروط التي يستلزم توافرها ، تنص عليها المادة : 308 عقوبات ، والمادتان : 28 و 414 من قانون الصحة العمومية ، وهي نوعان :
- منها ما يتعلق بالحالة الطبية التي يباح فيها الاجهاض .
- ومنها ما تخص أو تتعلق بالاجراءات .

أولا : الحالة الطبية أو الاجهاض العلاجي :

صرح المشرع هنا ، بأنه لا يجوز الاجهاض الا كعمل علاجي فحسب ، وقبل قابلية الجنين للحياة[1] (م: 28 و 414 ق ص) حيث يعاقب كل من قام بالاجهاض لأسباب أخلاقية أو اجتماعية .

وتكون الأسباب أخلاقيه ، اذا كان الحمل مصدر عار للحامل أو ذويها ، كأن يكون الحمل ثمرة لجريمة اغتصاب أو علاقة جنسية غير شرعية رضيت بها ، أو تلقيح صناعي أجري دون رضاء المرأة ، الخ .

(1) عدم قابلية الجنين للحياة عند فقهاء الشريعة الاسلامية تكون خلال تسعون يوما ، من بدء الحمل (انظر القوانين الفقهية لابن جزي).

ويراد بالأسباب الاجتماعية ، الاجهاض الذي يستهدف التخلص من ذرية يرجح أن تسيء الى المركز الاقتصادي للأسرة ، كما لو كان عدد الابناء كبيرا والدخل قليلا ، فيخشى أن يؤدي ميلاد ولد جديد أن يهبط المستوى الاجتماعي للأسرة ، ويتصل بذلك التساؤل ، في اباحة الاجهاض الذي يستهدف استبعاد طفل يرجح أن يكون مصابا بمرض خطير أو أن يكون مشوها ؟[1]

ففي جميع هذه الحالات وأمثالها يكون الاجهاض غير شرعي بالنظر لحق الجنين في الحياة ، واذا ما حصل الحمل ، كان له الحق في النمو والميلاد الطبيعي ، الذي لا يجوز للحامل ، ولا للطبيب الاعتداء عليه ولو استند الى هذه الأسباب .

اذن ، يطبق سبب الاباحة الوحيد ، في شأن الأعمال العلاجية على الاجهاض ، فاذا ثبت — بالنظر للحالة الصحية للحامل — أن اجهاضها عمل علاجي ، وتوافرت شروط الاباحة ، وأخصها أن يكون المجهض أو القائم بالاجهاض طبيبا ، وأن ترض الحامل بالاجهاض وأن يستهدف به العلاج (أي دفع الخطر) ، فان الفعل مباح قانونا بدون شك .

(1) يبيح فقهاء الشريعة الاسلامية الاجهاض خلال مدة ثلاثة أشهر من بدء الحمل (ولا تقتلوا اولادكم خشية املاق ، نحن نرزقهم واياكم — قرآن كريم).

والموضوع الوحيد القابل للمناقشة ، يخص الحالات التي يعتبر الاجهاض فيها عملا علاجيا هي :

— أن يكون الاجهاض مما يتطلبه انقاذ الحامل من موت محقق أو محتمل — أو أن يكون لانقاذها من متاعب صحية لا تقوى على تحملها ، بحيث يثبت أن اجهاضها شرط لشفائها ، من مرض تعاني منه (م : 28 ق ص).

الا أن العمل العلاجي أوسع من ذلك نطاقا ، اذ هو يتسع لحالة ما اذا كان الاجهاض لازما لوقاية المرأة من مرض يرجح أو يحتمل أن تصاب به فيما لو استمر حملها ، فالعمل العلاجي يتسع وفقا للقواعد العامة — للعمل الطبي الوقائي — ، ويدخل في هذه الاباحة ، أن تكون الحامل صغيرة السن ، ويثبت طبيا أنها لا تقوى لصغرها على احتمال الحمل ، كما يباح الاجهاض اذا ساءت الحالة النفسية للحامل بسبب حملها ، وصار محققا اقدامها على الانتحار أو احداث اصابات جسيمة بنفسها فيما لو استمر حملها ، اذ يكون الاجهاض دفعا للخطر لحماية الحياة أو سلامة الجسم.[1]

---

(1) د. رمسيس بهنام — مرجع سابق — ص : 367.

— انظر مشروع القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها حيث أباحت المادة : (168 و 169 و 170) اجراء التلقيح الصناعي كما أباحت المادة : 271 و 172 اجراء التعقيم (باعتبار ذلك مساعدة طبية (ج رسمية : ع: 54 / 1984).

وللخبرة الطبية دورها في تقرير توافر سبب الاباحة ، بحيث يجب أن تثبت الخبرة أن القواعد الطبية تملي الاجهاض كعمل علاجي ، وقد تكون هذه الخبرة قضائية ، في حالة ما اذا كان الطبيب متهما بالاجهاض ، وقد تكون ادارية ، يلجأ الطبيب اليها قبل القيام بالاجهاض وهذا ما يتعلق بالاجراءات .

ثانيا : الاجراءات :

يجب قبل كل شيء ، أن يقوم الطبيب باعلام المريضة بخطر حالتها الصحية ، فاذا ما رفضت عملية الاجهاض عليه الخضوع لارادتها التي عبرت عنها بكل حرية (م : 414 ف 1) ق ص .

واذا كان الطبيب يرى بحسب اعتقاداته الدينية أو الاخلاقية أو الفلسفية ، أنه يحظر أو ممنوع من ممارسة الاجهاض ومهما تكن الظروف ، له الحق أن ينسحب بعد يسلم المريضة لأحد زملائه المتخصصين لاستمرارية العلاج (م : 414 ف 2) ق ص .

أما اذا رضيت المريضة بالاجهاض ، فعلى الطبيب أن يستشير طبيبا آخر مختصا أو جراحا يفحصان المريضة وهذا ما يشبه الخبرة الطبية . ثم يبلغ مدير الصحة العمومية في الولاية وأن يقوم بالاجهاض علانية (م : 308ع م : 28ق ص) .

ان هذه الاجراءات ضرورية ، من أجل تجنب كل خطأ ، في تشخيص المرض والعلاج من جهة ، ومن جهة أخرى من أجل تمكين الادارة بممارسة سلطاتها بالمراقبة .

لماذا لم يراع القائم بالاجهاض هذه الاجراءات ، فما هي العقوبة التي من الممكن أن توقع عليه ؟

المطلب الثاني : حكم عمل الاجهاض .

من المفروض هنا ، أن نميز بين حالتين : حالة الاجهاض العلاجي ، وحالة عدم مراعاة القانون :

أولا : نتيجة الاجهاض العلاجي :

لو قام الطبيب بالاجهاض لأسباب غير مبررة ، فانه يعفى من العقاب ، ولكن هذه النتيجة غير مرضية : بحيث أن مانع العقاب يظهر بعد اكتمال عناصر المسئولية الجنائية ، ومعنى ذلك أنه اذا توافرت لدى الفاعل جميع عناصر أو أركان الجريمة ، سواء كانت مادية أو معنوية وقانونية ، فانه يفلت من العقوبة نظرا للفائدة التي تعود على المجتمع .

وهذه النتيجة لا تخلو من التعجّب ، على أساس أن الفاعل لم يستفد أبدا من أحكام المادة : 93ف1 من قانون العقوبات ، التي تنفي (المسئولية الجنائية) اذا كان الفعل قد (أذن به القانون) كما هو حال الاجهاض هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، لا يتلاءم (مانع عقاب المجهض) والنظرية العامة (لموانع العقاب) ، بحيث أن فائدة العفو (حسب الاعذار المعفيه) تظهر في تشجيع الجاني على الكشف عن التوغل في الاجرام ، أو تشجيعه على كشف الجريمة للسلطات أو الارشاد عن زملائه فيها ، أو في تشجيع الجاني على تخفيف أو محو الآثار المتخلفة عن الجريمة ، كاعفاء الخاطف من العقوبة أو منع عقابه اذا ما تزوج بمن خطفها (حسب موانع العقاب) .

وهكذا يبدو أن علة الأسباب المعفية والمانعة من العقاب ، لا تتفق مع علة مانع العقاب في الاجهاض ، الوارد في نصوص المواد : 308ع ،و 28 و 414 ق ص .

اذن ما هو سبب الاعفاء في عمل الاجهاض ؟ ولماذا لا يجسّد سبب تبرير (كاستعمال حق) مانعا للمسئولية الجنائية وللعقاب معا ؟

والجواب على هذا التساؤل ، أنه يحق مبدئيا للقائم بالاجهاض ، الاستفادة من سبب الاباحة تطبيقا للمادة :

(39ف1ع) ، اذا ما توافرت (الشروط القانونية والطبية) كلها لتبرير عمل الاجهاض .

ولكن ما هي النتيجة في حالة عدم مراعاة القانون ؟

ثانياً : عدم مراعاة القانون :

من البديهي أن الفاعل ، يعاقب اذا قام الطبيب بالاجهاض لأسباب غير علاجية ، أو اذا لم يكن المجهض طبيباً أو جراحاً ، أي اذا لم تتوافر الشروط الطبية ، غير أنه اذا تعلق الخطأ بعدم مراعاة الاجراءات من موافقة المريضة ، أو استشارة طبيب آخر ، أو ابلاغ السلطة الادارية ، فهل يجوز للطبيب أن يدفع بمانع العقاب أو سبب التبرير ؟

واذا كان الجواب بالنفي ، فهل يعني هذا أنه يعاقب حتما ؟

لا ينص قانون العقوبات ولا قانون الصحة العمومية ، على عقوبات منفردة توقع على من يخالف (قواعد الاجراءات) وبرأينا أن قواعد الاجراءات يفترض تضامنها مع القواعد الطبية ، الا أنه يتحمل في هذه الحالة ، عبء قرينة الادانة ، ويستطيع دفعها بالاثبات (بحسن النية) ، وابعاد سوء النية ؛ وبمعنى آخر تكون هذه القرينة نسبية غير مطلقة .

المبحث الثالث : حق القاء القبض .

جاء نص المادة : 61 ، من قانون الاجراءات ، على أنه = يحق لكل شخص في حالات الجناية أو الجنحة المتلبس بها ، والمعاقب عليها بعقوبة الحبس ، ضبط الفاعل واقتياده ، الى أقرب مأمور للضبط القضائي = .

ومن هذا النص يتبين أن حق القاء القبض هذا ، هو حق عام ، بمعنى أنه حق شخصي مباح للكافة ، اذ يعتبر في طبيعته أو ماهيته ، مصلحة عامة ، كونه يؤدي دور = دفع الخطر = ، لذا أضفى القانون عليه حمايته ، باعتباره حقاً ، لصاحبه أو مستعمله الخيار ، ان شاء استعمله ، وان شاء تركه ، ولكن في حالة اختياره الاستعمال ، يتوجب عليه الالتزام بشروطه ، هذه الشروط التي تتجلى ، أولا : بقيام حالة التلبس ، وثانيا : التزام حدود هذا الحق ، ونحن هنا نبحث في هذين الشرطين .(1)

أولا : قيام حالة التلبس :

ان مجال حق القبض ، المنصوص عليه في المادة : 61 ، اجراءات هي = جرائم التلبس = ، أي الجرائم المشهودة ، كما هو مستفاد من نص المادة المذكورة = الجنايات والجنح المتلبس بها = ،

(1) انظر المواد : 44 ع سوداني . 61 ع اردني . 185 ع لبناني . 184 ع سوري . 69 ع ليبي . 42 ع تونسي . المواد : 37 ـ اجراءات مصري . 16 ـ اصول محاكمات سوري .

والمعاقب عليها بالحبس ، أي من شهرين فما فوق (م؛ 5ع)[1] ؛ وهذا يعني اخراج المخالفات منها .

وقيام حالة التلبس ، شرط أساسي لاستعمال الحق وتبرير الفعل ، وتوصف الجريمة بأنها مشهودة أو متلبس بها «اذا كانت مرتكبة في الحال أو عقب ارتكابها» .

«كما تعتبر الجناية أو الجنحة متلبسا بها ، اذا كان الشخص المشتبه في ارتكابه اياها ، في وقت قريب جدا من وقت وقوع الجريمة قد تبعه العامة بالصياح ، أووجدت في حيازته أشياء ، أو وجدت آثار أو دلائل تدعو الى افتراض مساهمته في الجناية أو الجنحة» .[2]

«كما تتسم بصفة التلبس ، كل جناية أو جنحة وقعت ، ولو في غير الظروف المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين ، اذا كانت قد ارتكبت في منزل ، وكشف صاحب المنزل عنها ، عقب وقوعها ، وبادر في الحال باستدعاء أحد مأموري الضبط القضائي لاثباتها» .[3]

فاذا ما قامت هذه الحالة ، حق لكل شخص ، شاهد المجرم أو الجاني ، أن يسرع لالقاء القبض عليه ، واقتياده الى أقرب مركز لمأموري الضبط القضائي[4] ، متوخيا

(1) انظر المواد ؛ 37ع سوري ، 15 ــ 18ع مغربي ، 5ع تونسي ، 17ع ليبي .
(2) المادة ؛ 41 ، قانون اجراءات جزائري .
(3) المادة ؛ 41 ، اجراءات جزائري ، 451ع جزائري ، 28 ، اصول محاكمات سوري
(4) المواد ؛ 12 ــ 18 ، اجراءات جزائري ، 7 ، اصول م سوري ، 23 ، اجراءات مصري .

في فعله هذا حسن النية ، لخدمة المصلحة العامة ، لا أن يكون قصده الانتقام أو التشفي الشخصي ، محققا بذلك حالة = دفع الخطر = ومفهومه ، من علة وغاية ، كما هو مطلوب من = استعمال حق كسبب للتبرير = وبذلك تنتفي عنه كل مسئولية .(1)

ثانيا : حدود حق القبض:

حق القبض على المجرم المتلبس بالجريمة ، يمنح مستعمله القبض على المجرم ، واستخدام العنف ضده ، اذا لزم الأمر وحجزه بعض الوقت ريثما يتمكن من تسليمه لرجال الضبط القضائي ، ويعتبر فعله هذا مبررا ، كاستعمال حق ، ضمون المادة : 39ع .

كما لا يعتبر فعله هذا ، داخلا تحت مضمون المادة : 291ع ، بخصوص القبض بغير وجه شرعي ، فيما اذا التزم الفاعل حدود هذا الحق ، والتي تتجلى ، أولا : في السلامة ، فهو مسؤول عن السلامة ، وبصورة خاصة حياة المقبوض عليه ، من كل اعتداء يتعرض له ، سواء من قبله ، أو من قبل من يلاحقه من عامة الناس. ثانيا : عدم استخدام العنف ضده

(1) حسن صادق المرصفاوي - محمد ابراهيم : معايير القبض - المجلة الجنائية القومية - مج 13 عدد : 1 مارس - 1970 - ص : 03 - 40 .
د : إسحق ابراهيم منصور - المرجع - ص : 10 .
د : رووف عبيد - المرجع - ص : 518 .

اذا ما استجاب للانقياد أو الطاعة ، وأن لا يتم استخدام العنف الا بعد استنفاذ وسائل الترغيب والترهيب ، التي تعينه على القبض عليه ، واقتياده الى أقرب مركز للسلطة العامة .

ثالثا : أن يكون القبض على الفاعل أو المشتبه به ، بغاية تسليمه الى مأموري الضبط القضائي ، لا بهدف الانتقام منه ، سواء تم ذلك من قبله أو من قبل غيره ، من عامة الناس .

هذه الحدود اذا ما تمت ، تنتفي المسئولية عن الفاعل اما اذا ما تجاوز تلك الحدود ، ولو عن = حسن نية = ، ثبتت سوء نية الفاعل ، فيحاسب عندها على جريمة عمدية ، وهي القبض بغير وجه شرعي (1) .

---

(1) انظر بهذا الشأن :

د : رؤوف عبيد — مرجع سابق — ص : 515 .
د : اسحق ابراهيم منصور — مرجع سابق — ص : 10 .
د : عبد الخالق نواوي — مرجع سابق — ص : 75 .
— عبد القادر عودة — ج 1 — ص : 471 .
= تنص المادة : 41 ع عراقي على أن : لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون ، ويعتبر استعمالا لحق : 4 — أعمال العنف التي تقع على من ارتكب جناية أو جنحة مشهودة بقصد ضبطه = .

المبحث الرابع : حــق النقــد .

ضمانت دساتير الدول (حرية الرأي — وحرية التعبير)(1) ، ومن هذه الحرية يأتي (حق النقد) ، ويمكن استخراج هذا المبدأ ، من جملة نصوص وردت في الدستور الجزائري ، منها المادة : 53 ، التي تنص على أن = لا مساس بحرية المعتقد ولا بحرية الرأي = ، والمادة : 55 منه ، التي تنص على أن = حرية التعبير والاجتماع مضمونة ، ولا يمكن التذرع بها لضرب أسس الثورة الاشتراكية .

تمارس هذه الحرية مع مراعاة أحكام المادة : 73 من الدستور =

أما المادة : 137 منه ، فهي تنص على أن = الحصانة النيابية معترف بها للنائب أثناء نيابته .

لا يمكن متابعة أي نائب أو القاء القبض عليه ، وبصفة عامة ، لا يمكن رفع دعوى مدنية أو جزائية ضده ، بسبب ما أبداه من آراء أو ما تلفظ به من كلام أو بسبب تصويته أثناء ممارسته للنيابة = .

والمادة : 176 منه ، التي تنص على أن = حق الدفاع معترف به = .

---

(1) م : 25 و 27 د سوري ، م : 26 د عراقي .

ومن هذه النصوص نستطيع أن نتبين مجال وحدود هذا الحق ، وهذا ما نتطرق اليه في النقطتين التاليتين :

أولا : مجال حق النقد :

من حق المجتمع أن يعرف الحقيقة ، وخاصة اذا كانت تتصل بحياته الاجتماعية ، ولذلك كان من المصلحة العامة أن يباح نقد الاشخاص الذين أخذوا على عاتقهم تأمين قسط منها ، كرجال السياسة ، والخصوم أمام القضاء والادباء .. الخ ، حتى تعرف حقيقة أعمالهم وادعائهم .(1) وتطبيقا لهذا المبدأ ، أصبحت المعارضة في المجالس النيابية وحرية الدفاع أمام المحاكم ، ركنا من أركان الحياة الديمقراطية .

- فبالنسبة لاعضاء أثناء الجلسات وداخل اللجان البرلمانية والاجتماعات الحزبية ، فان الاتفاق تام على حرية المناقشات ، وأن لا حرج في ذلك ولا مسئولية ، شريطة ألا تمس شرفهم أو اعتبارهم الشخصي ، وفقا للقاعدة العامة ، كما أن هذا الحق لا ينصرف الى جرائم الضرب أو الجرح .(2)

(1) د : عبد الوهاب حومد - مرجع سابق - ص : 490 .
د : رؤوف عبيد - مرجع سابق - ص : 511 .
(2) د : رؤوف عبيد - مرجع سابق - ص : 514 .

- أما في مجال القضاء ، فقد اعتبرت الدساتير أن :

= كل انسان يعتبر بريئا ، في نظر القانون ، حتى تثبت ادانته طبقا للضمانات التي يفرضها القانون = .(م : 46د ع)[1]

ولذلك أبيح للخصوم في القضية التعبير بحرية ولو تضمن ذلك عبارات القذف أو السب اذا كان ذلك موصلا للحقيقة ولازما لتكوين الرأي فيها .

وقد وضع بعض الشراح حصانة المرافعة في باب (ممارسة الحق)[2] .

كما أن الاتفاق عام على ممارسة هذا الحق ولو وقع قذف أو سب ، على أن تتوافر الشروط التالية :

---

1) أن يقع القذف أو السب من خصم على خصم وبنية حسنة .
2) أن يقع أثناء الدفاع الشفوي أو الكتابي وأمام محاكم الموضوع دون سواها .
3) أن يكون من مستلزمات الدفاع ، أي متعلقا بموضوع الدعوى ولازما لتكوين الرأي فيها .

وهذا ما يقصود نا الصحدود هذا الحق .

---

(1) م : 28د سوري م : 20د عراقي .
(2) د : عبدالى القللي - مرجع سابق - ص : 363 .
- تضمن قانون المحاماة الجزائري (م : 69) ما يلي : = وعلى المحامي أن يسلك الطريق التي يراها ناجحة للدفاع عن موكله وان يمتنع عن ذكر ما يمس كرامة الخصم ، ما لم تستلزم ذلك حالة الدعوى ، وللمحكمة ان تقرر حذف الالفاظ النابية التي لا مبرر لها = (الجريدة الرسمية عدد : 79 - امر رقم : 61 / 75 .)

ثانيا : حدود الاستعمال :

ان المبرر الرئيسي لممارسة حق النقد هو = دفع الضرر عن المصلحة العامة ، المتجلية بإظهار الحقيقة ، علة وغاية التبرير في هذا الحق .

وهذا يعني أن حق النقد ، لا يعني بحال من الأحوال ، قذف أو سب الناس ، للنيل من شرفهم أو اعتبارهم الشخصي وانما يعني = وزن أمر من الأمور ، أو عمل من الأعمال وزنا تمييزيا ، يظهر محاسنه ، كما يبين مساوئه = .(1)

وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه = ابداء الرأي في أمر أو عمل ، دون المساس بشخص صاحب الأمر أو العمل ، بغية التشهير به أو الحط من كرامته = .(2)

والناقد اذا ما أساء استعمال هذا الحق ، تعرض للعقاب حسب نوع الجرم ، أكان قذفا أو سبا (م : 296 ـ 299ع) .

تحدد حق النقد في حدود أو توخي المصلحة العامة ، وعلى أن لا يقصد = المساس بالدستور أو بالمصالح الرئيسية للمجموعة الوطنية أو بوحدة الشعب أو التراب الوطني أو با لأمن الداخلي والخارجي للدولة أو بالثورة الاشتراكية = (م : 73 دستور) .

كما يخضع في شروط استعماله الى تلك الشروط العامة لاستعمال الحق .(3)

(1) د : عبد الوهاب حومد ـ ص : 490 .
(2) د : رؤوف عبيد ـ ص : 511 حيث جاء هذا .
(3) انظر صفحة : 58 من هذه الرسالة .

المبحث الخامس: حق التأديب.

حق التأديب يتفرع الى فرعين، حق تأديب الزوجة، وحق تأديب الأولاد، وهما حقان عرفهما الإنسان قديماً (1) ، عرفتهما جميع المجتمعات البشرية القديمة، وقد أيدتهما أحكام الشريعة الاسلامية، فأصبحا بمثابة القاعدة العرفية في بعض المجتمعات الاسلامية، وبمثابة القاعدة القانونية اذ قننا في بعض قوانينها.

ونحن نتطرق بالبحث الى هذين الحقين أولاً: من حيث مصدرهما. ثانياً: من حيث شروط تطبيقهما. ثالثاً: من حيث حدودهما وحكمهما في حالة التجاوز، وذلك في المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: مصدر حق التأديب:

فيما يتعلق بحق تأديب الزوجة، نتساءل عما اذا

(1) انظر: مونيك بييتر ـ المرأة عبر التاريخ ـ دار الطليعة ـ بيروت 1979.
د. محمد شكري سرور ـ الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية ـ دار الفكر العربي ـ القاهرة ـ 78 / 1979.
د. ثروت أنيس الاسيوطي ـ الحق ـ مرجع سابق.

كان يوجد حق للزوج في القانون الجزائري ؟

ومن استقرائنا لهذا القانون لم نجد أمامنا الا نص المادة / 39 من قانون الأسرة ، التي تمنح رئاسة الأسرة الى الزوج ، فهل تمنحه هذه الرئاسة ، حق تأديب الزوجة؟ في رأينا أن رئاسة الزوج لأسرته ، رئاسة شرفية لا تمنحه مثل هذا الحق ، وبخاصة للزوجة (1) ، ولكن يمكن رد هذا الحق الى أحكام الشريعة الاسلامية ، سيما وأن المادتان / 01) من القانون المدني و (222) من قانون الأسرة ترجع الى أحكام الشريعة الاسلامية ، كل ما لم يرد النص عليه فيهما .

وبذلك نستطيع أن نقول ، ان حق الزوج في تأديب زوجه يتضمنه كل من القانون المدني وقانون الأسرة ، أيهما شئنا .

---

(1) بدليل ان القانون المدني الفرنسي لعام : 1965 ، قد اعترف للزوج برئاسة الاسرة او العائلة ، ولكنه لم يمنحه حق تاديب الزوجة ، حيث النيت الطاعة الزوجية ومعها حق التاديب التاتج عنها في قوانين : / 38 ـ 1942 . (انظر د : محمد شكري سرور ـ المرجع ـ ص: 281) .
د : صبحي محمصاني ـ اركان حقوق الانسان ـ ص: 289 .
ـ انظر المادة : 02 من الدستور (الاسلام دين الدولة) .
ـ قانون العقوبات العراقي ، اعترف للزوج بحق التاديب (م : 41ع) .
ـ تنص المادة : 222 من قانون الاسرة رقم : 11/ 84 على أنه =كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الاسلامية = .
ـ تنص المادة : (01) من القانون المدني على أنه = يسري القانون على جميع المسائل التي تتنا ولها نصوصه في لفظها أو فحواها .
واذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية ... الخ = .

أما حق التأديب الأولاد ، فان المادة : 36ف 2 من قانون الأسرة تقرر هذا الحق للأب ثم للأم عند غياب أو عدم وجود الأب (م : 87) اذ منحتهما حق الرعاية للأولاد هما ومن الرعاية حق التربية ، ومن التربية = حق التأديب = . اذا أخذنا هذا بعين الاعتبار ، والا فان المادة : 222 من قانون الأسرة تتضمنه بارجاع كل ما لم يرد النص عليه ، الى أحكام الشريعة الاسلامية ، فهو ثابت على الوجهين .(1)

المطلب الثاني : شروط تطبيق حق التأديب .

التأديب في الشريعة الاسلامية — بالنسبة للزوجة — ناتج عما يسمى (بالطاعة الزوجية) ، والتي تعني : طاعة الزوجة لزوجها فيما فرض عليها دينها من طاعته .

وعدم الطاعة الزوجية ، يشكل وضعا يعرف (بالنشوز) ، وهو الترفع عن طاعة الزوج ، أي عصيان الزوجة لزوجها ، فيما أمرت أن تطيعه ، وهو كل معصية لم يرد بشأنها حد مقرر .(1)

---

(1) يستند الفقهاء في وجوب حق التأديب الى نصوص كثيرة منها = الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من اموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله ، واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ان الله كان عليا كبيرا = (سورة النساء — اية : 34).

وعليه : فإن عدم القيام بالواجب الشرعي ، يؤدي إلى قيام (حالة النشوز) ، ونشوء حق التأديب للزوج على زوجه .[1]

- فقيام حالة النشوز ، هو الشرط الأول ، لقيام حق التأديب للزوج على زوجته ، لا لغيره ، لأنه حق خاص بالزوج .

- أما الشرط الثاني : فهو لزوم الأخذ بوسيلة التأديب الشرعية ، وهي كما نصت عليها الآية (الوعظ بالكلام الحسن ، ثم الهجر في المضاجع ، وأخيرا الضرب غير المبرح) ، وهو الضرب الذي يؤلم ولا يترك أثرا .

- أما الشرط الثالث : هو استهداف غاية التأديب ، فغاية التأديب هو تهذيب الزوجة ، وحملها على الطاعة بإصلاح نشوزها بلا مكر وانتقام .[2]

---

(1) القوانين العربية والقانون الفرنسي والانكليزي تقر حق تأديب الأولاد للوالدين على أن يكون لصالح الأولاد (انظر : عثمان سعيد عثمان - مرجع سابق - ص : 286)
د : عبد الوهاب حومد - مرجع سابق - ص : 523 .
د : فتحي الدريني - التعسف . ص : 258 .
- علي عبد الواحد - بيت الطاعة وتعدد الزوجات والطلاق في الاسلام - مؤسسة المطبوعات الحديثة - القاهرة - 1960 .
- بدر أبو العينين بدران - الزواج والطلاق في الاسلام - القاهرة 1958 .
- قدري باشا - كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية - منشورات المحامون - دمشق .
(2) د : محمود محمود مصطفى - مرجع سابق - ص : 173 .

فمن رأي الامامين / مالك وأبي حنيفة / أن الضرب لا يكون لأول معصية ، بل لتكرار المعصية والاصرار عليها ، على شرط أن يكون قد وعظها أو هجرها قبل ذلك ، أما رأي / الشافعي وأحمد / هو جواز الضرب عند (المعصية) الأولى ولو لم يسبق ذلك وعظ (1) .

ـ أما شروط تطبيق حق تأديب الأولاد ، فهي الآتية :

الشرط الأول : هو أن يمارس من قبل من له الحق ، كالأب والأم (م : 87) والوصي (م: 92) ق أسرة ، كما يكون لولي النفس كالجد والأخ والعم أو القيم (99) ق أسرة .

والشرط الثاني : أن يكون لغاية التعليم أو التهذيب ، فاذا ما وقع العصيان في أحدهما ، قام حق التأديب فقيام حالة العصيان شرط أساسي لقيام حق التأديب مثلما قيام حالة النشوز ، شرط أساسي لقيام حق تأديب الزوجة .

وفقهاء الشريعة الاسلامية ، يقررون حق التأديب للأب للتهذيب والتعليم ، وللأم للتعليم ، بلا خلاف ، ومختلف عليه للأم في التهذيب . كما يقررونه لمعلم المدرسة وملقن الحرفة ، بشرط اذن الأب أو الولي .

(1) د : محمود نجيب حسني ـ القسم العام ـ ص : 185 .
د : عبد الوهاب حومد ـ مرجع سابق ـ ص : 522 .

المطلب الثالث : حدود وحكم التجاوز في حق التأديب

بما أن قانون الأسرة ، ينص على حق التأديب ولا ينظمه ، فلا بد من الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية حيث يرى الفقهاء ، أن حد التأديب (بالنسبة للزوجة) ، يتوقف عند الضرب غير المبرح ، أي الذي يؤلم ولا يترك أثرا ، فاذا تجاوز هذا الحد ، عن حسن نية ، أعتبر مرتكبا جريمة غير عمدية (مخالفة الضرب خطأ ، م : 442ف2 ع) ، أما اذا كان التجاوز عن سوء نية ، أعتبر مرتكبا لجريمة عمدية ، اذ الأمر لم يعد تأديبا ، بل أصبح يشكل اعتداء ، (مكونا مخالفة الضرب والجرح العمدي اذا أحدث مرضا أو عجزا عن العمل لا تتجاوز مدته (15) يوما (م : 442ف1ع) وجنحة الضرب والجرح العمدي اذا تجاوز العجز مدة (15) يوما (م : 270ع) .

ويشترط في ضرب الزوجة ـ بالغة ما بلغت من العمر ـ ألا يكون ، على الوجه أو المواضع المخوفة ، كالبطن ، الا أنهم أجازوا الضرب باليد والسوط والعصا . أما الهجر في المضجع ، فقد حدده الفقهاء بأربعة أشهر لا يتجاوزها .

ويرى الإمام (أحمد بن حنبل) بأن الزوج لا يسأل عن سبب الضرب.

وقد حكم = بأنه لا يشترط في تولسرا لايذاء أن تشكل الواقعة جرما معاقبا عليه، ويكفي أن تنغص حياة الزوجة وينفي الهناء من دار الزوجية =.(1)

كما حكم = بأن الضرب لا يكفي للتفريق ما لم يبلغ درجة استحالة دوام العشرة والزوجية معه =.(2)

إلا أنهم يرون، أنه اذا تحقق الزوج أو ظن عدم افادة الضرب أو شك في عدم جدواه، فلا داعي لضربها، مما مفاده، بأن التأديب اذا لم يؤد إلى غايته فهو باطل، تطبيقا للقاعدة بأن = كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصده باطل =.(3)

وقد حكم بأن الضرب لا يكفي للتفريق، ان لم ير القاضي أنه لا يستطاع معه دوام العشرة =.(4)

وهنا نلاحظ، أن العشرة الزوجية هي غاية، والنشوز أو العصيان يشكل خطرا على تلك الغاية، ولهذا شرع حق التأديب لدفع هذا الخطر، في سبيل هناء دار الزوجية، ومن هنا كان = دفع الخطر = الذي ينفي الاعتداء، محققا مصلحة عامة، علة التبرير في استعمال حق تأديب الزوجة.

---

(1) د: عبد الوهاب حومد — مرجع سابق — ص: 522.
مجلة القانون السورية — عدد: 01 — ص: 78.
(2) مجلة المحامون السورية — عدد: 7 و 8 ص: 371 رقم: 349.
(3) د: فتحي الدريني — التعسف. ص: 253.
(4) مجلة المحامون السورية — عدد: 8 و 9 — ص: 344 رقم: 528.

أما بالنسبة (للأولاد) ، فقد أجازوا الضرب غير المبرح ، على أن لا يكون الا باليد ، فلا يجوز الضرب بالسوط أو العصا . كما يجب أن لا يتجاوز ثلاث ضربات باليد ، وأن لا يكون على المواضع المخوفة ، كالرأس والوجه ، وأن يكون لغاية التعليم أو التهذيب ، فاذا ما تجاوز مستعمله تلك الحدود أو الغايات ، أعتبر في حالة (حسن النية) متجاوزا لحقه مرتكبا لجريمة غير عمدية (م : 442 ف 2 ع) ، أما في حالة (سوء النية) فيعتبر معتديا مرتكبا لجريمة عمدية (م : 442 ف 1 ع) (م : 270 ع) ، كمن يضرب ولده ، بقصد تعاطي السرقة الخ .

وفي هذا يصرح فقهاء الشريعة الاسلامية بأنه = اذا قيل : اذا كان الصبي لا يصلحه الا الضرب المبرح ، فهل يجوز ضربه ، تحصيلا لمصلحة تأديبية . قلنا : لا يجوز ذلك ، بل لا يجوز أن يضربه ضربا غير مبرح ، لأن الضرب الذي لا يبرح مفسدة ، وانما جاز لكونه وسيلة الى مصلحة التأديب ، فاذا لم لم يحصل التأديب ، سقط الضرب الخفيف كما يسقط الضرب الشديد ، لأن الوسائل تسقط بسقوط المقاصد =.(1)

---

(1) د : فتحي الدريني ـ التعسف . ص : 258 .

ـ يقول عمر بن الخطاب(ر) : = لاعب ابنك سبعا ، وأدبه سبعا ، وصاحبه سبعا ، ثم أترك له الحبل على الغارب .

ـ انظر المواد : 12 ع امارات متحدة . 38 ع عمان . 29 ع كويتي . 186 ع لبناني . 62 ع اردني . 08 ع عراقي . 313 ع تونسي .(هذه المواد تجيز الضرب للولي على الولد).

أمّا بالنسبة للأولاد ، داخل المدارس فقد منع على المربين ، استعمال الضرب كوسيلة للتأديب ، بل وحتى السبّ والقهر ، وذلك من قبل وزارة التربية السودانية. (1)

---

(1) في المذكرة المؤرخة يوم : 28/ 2/ 1968 رقم : 73 ود/ 3ب ، أكّد السيد/ وزير التربية ، أن العقوبة البدنية تعتبر شرعا جنائية ، يعاقب عليها القانون ولا يمكن أن تعتبر هذه العقوبة كوسيلة بيداغوجية أو تربوية وأنها مضادة للاخلاق وسمعة معلمي المدرسة ، وأنها كذلك ترهق مباشرة المسؤولية البدنية المتعلقة بالمعلم الذي يستعملها ، وهذه العقوبات من طبيعتها أن تعرض الهيئات ضد المدرسة والادارة المدرسية ، وتمس بحق التلميذ الشرعي في احترام شرفه وتحط من إزدهار شخصيته ، وبكلمة وجيزة فإن هذه العقوبات انما هي عملية منافية للاخلاق والقانون والطبيعة ،
ورغم هذه التحريضات فان المعلمين لا زالوا يسلطون العقوبات البدنية ولا اتردد لا تتخذ العقوبات الصارمة ضد هؤلاء المعلمين الذين لا يحترمون هذه التعليمات ، وعلى أثر تسليط عقوبات بدنية في عام : 1968 ، توفيت تلميذة بمدرسة ابتدائية وبعد ادانة معلمها حكم على هذا الأخير بدفع غرامة قدرها ثلاثون ألف دينار (انظر هذه المذكرة برقم : 288/ ب أ س / 70 في مديرية التربية والثقافة لمدينة عنابة).
— ان قانون : 1970 المدني الفرنسي قد جعل من سلطة الوالدين بديلا عن سلطة الاب بالنسبة للأولاد .
د : محمد نجيب حسني — القسم العام — 183 .
د : رؤوف عبيد — مرجع سابق — ص : 507 .

يقول شاعر بخصوص ضرب الأولاد :
= لا ترضى منها ولو من والدة ما قال ربك أن يستعبد الولد =.
ويقول آخر :
= أحسن الى الناس تستعبد قلوبهم فطالما استعبد الاحسان انسانا =.

الفصل الثاني : التطبيقات العرفية .

==================== =========

تقديم :

تطالعنا كتب تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، وعلم القانون [1] بأن أغلب تطبيقات استعمال الحق كسبب للتبرير ، أساسها العرف ، حيث طبقت كأعراف وتقاليد منذ عهد بعيد ، حتى كتب لبعضها التقنين في التشريعات القديمة والحديثة خاصة ، الا أن العمل بتلك الأعراف غير المقننة ما زال آخذا معنى العرف القانوني .

= ذلك أن العرف ليس فقط يدخل في معنى القانون فيما نحن بصدده ، وانما هو المرجع الأول لبيان ما هو عدوان ، وما هو مشروع من الأفعال ، التي تقع على الانسان أو الأشخاص والأموال ، لأن العرف هو أصدق تعبير عن ضمير المجتمع وارادته = . [2]

ومن الممكن أن بعض التطبيقات العرفية تجسد آخر آثار عن تلك النظم القانونية القديمة .

أن المادة الأولى من القانون المدني ، تعتبر العرف كمصدر بعد التشريع والشريعة الاسلامية ، وبالعكس فان القانون الجنائي لا يمكنه أن يأخذ نفس الموقف نظرا لمبدأ الشرعية المنصوص عليه في المادة الأولى من قانون

---

(1) د : محمود السقا - تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية - المراجع .
د : عبد المنعم فرج الصده - أصول القانون - المراجع .
(2) د : علي راشد - القانون الجنائي - ص : 501 .

العقوبات ، والتي تجعل القانون المصدر الوحيد لا غيره ، ولكن اذا ما أمعنا النظر ، نلاحظ أن القانون جعل مصدرا وحيدا من أجل حماية الحريات الفردية ومن ثم لا مانع أن يأخذ بعين الاعتبار العرف مصدرا لأسباب الاباحة ، من أجل تدعيم الحريات الفردية .

ومن هنا ، يمكن أن نقول أن العرف هو مصدر لبعض تطبيقات استعمال الحق ، - التي من جملتها : ممارسة الطب ، والألعاب الرياضية (1) ، وهذا ما نبحثه في مبحثين : المبحث الأول : حق ممارسة الطب . المبحث الثاني : حق ممارسة الرياضة .

(1) نلاحظ هنا ، بأن ممارسة الطب أصبح خاضعا لقانون الصحة العمومية (أمر رقم : 76/ 79 تاريخ : 23/ 10/ 1976) ، وأن ممارسة الألعاب الرياضية أصبحت تخضع لقانون التربية البدنية والرياضية لعام : 1976 ، ولهذا فانهما يعتبران حقان قانونيان في الجزائر ، واذا اعتبرناهما حقان عرفيان ، فاننا نساير الفقه العام في هذا المجال ، وان اعتبر هذا تناقضا ، لذا اقتضى منا التنويه والاشارة .

المبحث الأول : حق ممارسة الطب .

أعتبر العمل الطبي بأنه = نشاط يتفق في كيفيته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب = .(1)
= ويتجه في ذاته أو وفق المجرى العادي للأمور الى شفاء المريض ، والأصل فيه أن يكون علاجياً ، أي يستهدف التخلص من مرض أو تخفيف حدته ، أو مجرد آلامه ، ويعد كذلك من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من مرض . =(2)
ومن الطبيعي أن يكون لكل عمل محله وشروطه وحكمه فمحل العمل الطبي هو = كل انسان مصاب بمرض ما ، يأتي طبيبا أو يأتيه الطبيب ، بقصد العلاج = (3)

أما شروط وحكم العمل الطبي فهذا ما نتطرق اليه في المطلبين التاليين : المطلب الأول : شروط العمل الطبي . المطلب الثاني : حكم العمل الطبي .

(1) انظر مرسوم رقم : 321/ 1968 ـ الجريدة الرسمية عدد : 44/ 1968 .
(2) د . محمود نجيب حسني ـ القسم العام ـ ص : 187 .
(3) هذا التعريف لصاحب الرسالة .

المطلب الأول : شروط العمل الطبي .

تتجلى شروط العمل الطبي على رأي الفقه ، والتي ينال العمل بموجبها تبرير القانون ، بأربعة شروط :
أولا : وجود ترخيص قانوني ، ثانيا : أن يكون العمل بقصد العلاج ، ثالثا : أن يتبع الطبيب أصول العمل وفنه ، رابعا : رضاء المريض في الحالات العادية .

أولا : وجود ترخيص قانوني :

المفروض أن الترخيص القانوني لا يصح الا اذا كان الشخص يحمل مؤهلا علميا طبيا ، وهذا ما نصت عليه المادة : 14 من قانون الصحة العمومية بقولها : = لا يجوز لأي كان أن يمارس مهنة طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي في الجزائر اذا لم تتوفر فيه الشروط التالية :
2 ـ أن يكون حاملا لشهادة جزائرية لطبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو لشهادة أجنبية ومعترف بمعادلتها .
3 ـ أن يكون مرخصا بممارسة المهنة من الوزير المكلف بالصحة العمومية = . (1)

(1) قانون الصحة العمومية بـ أمر رقم : 76/ 79 .

فاذا ما توفر هذان العنصران (الشهادة والترخيص) حق للطبيب ممارسة العمل الطبي ، اذا لم يتطلب منه شروط أخرى ، كالتسجيل في نقابة الأطباء أو اتحاد الاطباء . الخ وهذا يعني أنه لو تولى العلاج شخص ليس من المرخص لهم ، أو غير متوصل عليها ، وأحدث جرحا بجسم الغير ، كمن يجري له عملية جراحية ، أو يعطيه حقنة أو دواء ، تضرر منه ، كان مسئولا عن جريمة مزاولة العمل الطبي بدون ترخيص ، وعن جريمة الجرح أو الضرر بجسد .

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية ، على اعتبار المساس بجسم الغير ، من جانب غير المرخص لهم بذلك ، مكونا لجريمة عمدية ، ولو كان الباعث هو العلاج (1) .

على أن مجرد ممارسة العمل الطبي دون ترخيص يكون في ذاته جريمة ، ولو لم ينشأ أي جرح أو ضرر من العمل الطبي المباشر ، شريطة أن يكون قد نفذ عملا من أعمال المهنة الطبية (2) .

---

(1) د : محمود نجيب حسني ـ القسم العام ص : 189 .
(2) د : محمد الفاضل ـ مرجع سابق ص : 356 .
د : رمسيس بهنام ـ مرجع سابق ص : 364 .
د : علي راشد ـ مرجع سابق ص : 511 .

والترخيص قد يكون شاملا كل الأعمال الطبية ، وقد يكون مقتصرا على بعضها ، وفي هذه الحالة الأخيرة ، لا يكون مجالا للتبرير ، الا اذا كان العمل داخلا في حدود الترخيص.(1)

وقد " قضي بأن ابداء ممرض مشورة طبية ، وعلاجه المريض على خلاف ما أوصى به الطبيب المعالج ، يكون جريمة ممارسة مهنة الطب بدون ترخيص ".(2)

كما حكم بأنه " يعتبر مكونا لجريمة مزاولة مهنة الطب دون ترخيص ، محض الاشتغال بوصف نظام غذائي معين ، يسير عليه المريض ، وليس لمن يباشر الطب على وجه الاعتياد بتشخيص مرض المرضى ومعالجتهم دون ترخيص ، أن يتذرع في ذلك باستجابته لحالات ضرورة كان يوجد بها أولئك المرضى ".(3)

وأيضا قد " حكم بعقوبة مباشرة الطب دون ترخيص على ممرضتين مساعدتين ، أجرت احداهما تشخيصا لمرض في عين المجني عليها ، ومست هذه العين ، وأشارت بحقنة بنسلين تولت الأخرى اعطاءها ".(4)

---

(1) د : محمود نجيب حسني - القسم العام - ص : 190 .
(2) د : رمسيس بهنام - المرجع - ص : 366 .
(3) د : رمسيس بهنام - المرجع - ص : 367 .
(4) د : رمسيس بهنام - المرجع - ص : 368 .

ثانيا : تـوافـر قـصد العـلاج :

يقـول الفـقهاء بـأن : = عـلاج المـريـض هـو الفـرض الـذي يقـوم عليـه حـق الأطبـاء فـي التطبـيب والجـراحـة = .(1)

وهـذا يعـنـي أن = دافـع الخـطر = هـو الـذي حـمل المشـرّع لاعـطاء هـذا الحـق ، على اعتبـار أنـه ينفـي الاعتـداء ، محقـقـا المصـلحـة العـامـة ، وأن استهـداف تلـك المصـلحـة ، وشـفاء المـريـض ، قـرينـة عـلى حـسن النيـة .

حـيث أن عمـل الطبيـب أو الجـراح ، لا يـكـون مشـروعـا ، الا اذا كـان مقـصودا بـه عـلاج المـريـض ، ويبنـى عـلى ذلـك ، أن الطبيـب لا يـكـون مسـتعملا حـقه اذا وجّـه فـنّـه الـى غيـر الهـدف المـذكـور ، ولـو كـان بـرضـاء المجنـى عليـه أو بـالحـاحـه .

ومثـالـه : أن يسـتهـدف الطبيـب فـي عمـلـه الـى ازهـاق روح المـريـض ، ولـو كـان الـدافـع هـو الاشـفاق عليـه ، أو الـرغبـة فـي اراحـتـه مـن آلام مبـرحـة لا يـرجـى شـفاؤهـا ، فـان فعـلـه هـذا يـكـوّن جـريـمة عـمـديـة ، ولا يـؤثـر فـي قيـام الجـريـمة نبـل الـدافـع أو شـرف الغـايـة ، اذ لا يعتبـر الـدافـع أو الغـايـة عنصـرا فـي التجـريـم ، وان كـان لـهمـا الأثـر فـي تقـديـر العـقـاب .

---

(1) د : رؤوف عبيـد ــ المرجع ــ ص : 505 .

د : محمد الفاضـل ــ المرجـع ــ ص : 354 .

واذا كان ما أجراه الطبيب ، مجرد تجربة علمية ، لم يقصد بها شفاء من أجريت عليه ، بل مجرد اشباع شهوة علمية أو خدمة شخصية ، فلا يبرر التجربة قبول من أجريت عليه ، فرضاء المجني عليه لا يبيح الفعل هنا ، لأن سلامة جسم الانسان لا تكون محلاً للتصرف ولا يباح المساس بها ، الا لفائدة الانسان ذاته .(1)

ثالثا : توافر أصول العمل الفني :

يعني هذا الشرط أنه = على الطبيب أن يبذل للمريض جهودا صادقة يقظة ، ومتفقة والأصول العلمية الثابتة وهي الأصول التي يعرفها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ، ممن ينتسب الى علمهم أو فنهم.(2) =

وليس معنى هذا ، أنه يجب على الطبيب ، أن يطبق العلم كله كما يطبقه غيره من الأطباء ، فمن حق الطبيب أن يكون له قدر من الاستقلال في التقدير ، فلا يكون مسئولا الا اذا ثبت أنه في اختياره للعلاج قد أظهر جهلا بأصول العلم أو الفن الطبي .(3)

فالطبيب يعتبر مخطئا اذا هو تصدى لحالة تستعصي على

(1) د : رمسيس بهنام ـ المرجع ـ ص : 370 .
(2) د : محمد الفاضل ـ المرجع ـ ص : 360 .
(3) د : علي راشد ـ المرجع ـ ص : 514 .

مثله ، وانما ينبغي عليه أن يشير عندئذ على المريض أو ذويه بالالتجاء الى طبيب مختص .

فقد حكم = بأن الطبيب يسأل عن خطئه في المداواة اذا كان الخطأ ظاهرا لا يحتمل نقاشا فنيا تختلف فيه الآراء ، فاذا وجدت مسائل علمية يتجادل فيها الأطباء ويختلفون ، وأن الطبيب قد اتبع نظرية قال بها أهل العلم ، ولو لم يستقر الرأي عليها ، فلا لوم عليه ، وعلى القضاء أن يتفادى النظر في المناقشات الفنية عند تقدير مسئولية الأطباء ، اذ أن مهمته ليست المفاضلة بين طرق العلاج المختلف عليها ، وانما هي قاصرة على التثبت من خطأ الطبيب المداوي =.(1)

= ويبنى على ذلك ، أن الطبيب يكون مسئولا اذا أجرى عملية جراحية وهو في حالة سكر ، أو أجراها ويده اليمنى مصابة بعجز عن الحركة ، أو نقل الدم دون أن يفحصه أو أغفل ربط الحبل السري وترك الطفل دون عناية بعد مولده مع أنه ولد قبل الموعد ، فأفضى ذلك الى وفاته ، أو ترك سهوا أداة من أدوات الجراحة في جسم المريض توفي بسببها = .(2)

---

(1) د : رمسيس بهنام ــ المرجع ــ ص : 370 .
د : محمد الفاضل ــ المرجع ــ ص : 360 .
(2) د : رؤوف عبيد ــ المرجع ــ ص : 506 .
د : محمود نجيب حسني ــ القسم العام ــ ص : 192 .

رابعا : توافر رضاء المريض:

يقصد بهذا الشرط ، أنه ليس لطبيب مرخص له ، أن يحمل مبضع الجراحة في جسم أنسان لم يكن قد رضي بذلك ، والا أعتبرت الواقعة جريمة جرح عمد ، رغم وجود رخصة مزاولة العمل الطبي والجراحة .

على أنه لا يلزم في الرضاء أن يعبر عنه المريض صراحة بالقول أو الكتابة ، بل يكفي أن يكون معبراً عنه ضمنيا ، بأن يكون مستفادا من مسلك المريض ، وان كان المريض غير أهل للتعبير عن رضائه ، أو كان فاقد الوعي ، فانه يكفي أن يصدر الرضاء عمن له في شأنه سلطة قانونية ، أو من أقربائه ، أو أقرباء يفترض فيهم أنهم رعاته الطبيعيون ، فان لم يستطيع المريض أن يعبر عن رضائه ، ولم يكن يوجد من يرضى بالنيابة عنه ، فليس للطبيب أن يقدم على علاجه ، الا اذا كان يوجد خطر جسيم حال على المريض ، من شأنه أن يجعل اسعافه بالعلاج أمرا ضروريا عاجلا ، وهذا هو حال = دفع الخطر = الذي أعطي الحق من أجله ، وقام التبرير عليه ، محققا غايته بنفي الاعتداء ، وتحقيق المصلحة العامة ، ولذلك يعتبر عمل الطبيب هنا ، استعمال حق ، لا حالة ضرورة .

وليس لرضاء المريض محل ، حيث يفرض القانون عليه التزاما بالخضوع لعمل طبي ما ، كالتطعيم ، كما أن من يقوم بمثل هذا العمل ، يعتبر مؤديا لواجب عليه ، وليس كمستعمل لحق .

وبتوافر تلك الشروط الأربعة ، من ترخيص قانوني ، وقصد للعلاج ، واتباع لأصول العمل الطبي الفني ، ورضاء المجني عليه أو المريض ، تتكامل شروط التبرير في العمل الطبي ، بحيث يصبح مشروعا مبررا ، لا مسئولية على القائم به ، باعتباره يستعمل حقا قانونيا ، الا اذا حدث خطأ أو تخلف شرط .(1)

---

(1) د : رمسيس بهنام ـ المرجع ـ ص : 369 .
د : رؤوف عبيد ـ المرجع ـ ص : 505 .
د : علي راشد ـ المرجع ـ ص : 513 .
ـ انظر المادة : 306 ع جزائري .

المطلب الثاني : حكم العمل الطبي :

ان توافر شروط التبرير في العمل الطبي ، تجعل منه فعلا أو حقا مشروعا مبررا ، ولو ساءت حالة المريض ، ذلك أنه في حال فشل العلاج ، رغم توافر كل الشروط فان هذا الفشل ، يرجع عندها الى أن بنية المريض قد بلغ بها الاعتلال حدا لا يجدي معه العلاج ، الا اذا كان الفشل راجعا الى خطأ قد ارتكبه الطبيب.

والخطأ الطبي ، يكون خطأ غير عمدي ، فيسأل الطبيب عن جريمة غير عمدية ، ولا يعتبر فشل العلاج قرينة قاطعة على خطأ الطبيب. (1)

أما اذا تخلف شرط من شروط الاباحة أو التبرير ، استتبع ذلك القول ، بأن الفعل غير مشروع ، ذلك أن الفعل أصلا خاضع لنص تجريم ، فلا يخرج عن نطاقه ، الا اذا توافر سبب الاباحة بكل شروطه .

بمعنى أنه يكتسي صبغة جنائية ، ولن يتحلل من هذه الصبغة الا بتوافر سبب الاباحة ، فاذا انتفى سبب الاباحة كان الفعل غير مشروع .

(1) د : رمسيس بهنام — المرجع — ص : 397 .
د : محمود نجيب حسني — القسم العام — 193 .

أما اذا كان العمل الطبي في ذاته غير مشروع ، وفقا لمفهوم العمل الطبي وشروطه ، فلا تكون على الاطلاق فكرة التبرير ، ولو كان الذي يأتيه طبيبا ، كما لو ضرب الطبيب المريض ، أثناء عملية جراحية ، بقصد منعه عن الحركة ، فالضرب لا ينطبق على أصول العمل الطبي ، فاذا كان العمل لا يقصد به العلاج ، كاجراء تجربة علمية أو احداث عاهة لشخص بقصد الاعفاء من الخدمة العسكرية مثلا ، أو كان بقصد الانتقام ، عندها لا يكون الفعل خطأ ، بل يعتبر فعلا عمدا ، ويسأل الطبيب عن جريمة عمدية ، باعتباره اعتداء ، وليس دفعا للخطر .

وان تقدير الخطأ الطبي ، يخضع للقواعد العامة ، التي يخضع لها تقدير الخطأ غير العمدي .(1)

---

(1) د . علي راشد ـ المرجع ـ ص : 514 .
د . محمود نجيب حسني ـ القسم العام ـ ص : 192 .

المبحث الثاني : حق ممارسة الرياضة .

من الألعاب الرياضية ، ما يدعو أو ما يستلزم استعمال القوّة والعنف ، على جسم المنافس ، كالمصارعة والملاكمة ، بحيث يجوز للرياضي أو يباح له أن يقوم بجرح على جسم منافسه ، وبدون شك أن الرياضي يأتي فعلا تتوافر فيه أركان جريمة الضرب والجرح العمدي . أن هذا النوع من الرياضات الذي نقصده هنا ، وما يحدث فيه يكون مباحا ، ما دام في الحدود المقررة في قانون اللعبة ، وهذا ما نبحثه في مطلب أول ، بحيث لا تترتب عليه مسئولية من أي نوع ، وهذا ما نتطرق اليه في مطلب ثان .

المطلب الأول : شروط التبرير في العمل الرياضي .

يجمع الفقه على أنه لكي يقال ، أن هناك تبريرا ، بخصوص الاصابات التي تقع بين اللاعبين ، (قلّ شأنها أو عظم) ، يجب أن تتوافر ثلاثة شروط ، أولا : أن تكون الرياضة معترف بها . ثانيا : أن تقع الاصابة أثناء اللعب .

ثالثا : أن تراع قواعد اللعبة .

ونحن نبحث في تلك الشروط الثلاثة .

أولا : الرياضة معترف بها :

يقصد بهذا الشرط ، أن تكون الرياضات الممارسة من الألعاب التي يعترف بها القانون أو العرف الرياضي ، بمعنى ، يجب أن يكون لها قواعد وأصول معروفة ، يتقيد بها كل من يمارسها ، وأن تكون الرياضة مما يمارس في جهة أو أوساط معينة ، بغض النظر عما اذا كان لها جمعيات أو هيئات منظمة تتولى الاشراف أو تشجيع الناس لها ، اذ المهم أن تكون لها قواعد أصولية معترف بها .(1)

ومثل هذه الرياضات ، تختلف من وطن الى وطن أودولة واذ تعترف الجزائر بالألعاب الرياضية العنيفة كالملاكمة والمصارعة والتحطيب ، ولكن يجوز ممارسة رياضات أخرى موجودة في دول أخرى معترف بها كالرياضات الموجودة في آسيا أو في السنغال .

(1) د . محمد الفاضل - مرجع سابق - ص : 362 .
د : محمود نجيب حسني - القسم العام - ص : 195 .

ثانيا : أن تقع الاصابة أثناء اللعب :

وهذا يعني أن تكون الاصابة ، أو الأعمال العنيفة قد وقعت أثناء مباراة رياضية في حلبة أو ملعب رياضي وتحت مراقبة حكم معين رسميا ، اذ تستبعد الاصابات التي تقع خارج المباراة ، كالتي تحدث قبل بدء المباراة أو بعد انتهائها ، وانما تخضع تلك الاصابات ، لحكم القواعد العامة في قانون العقوبات .

كما يتطلب هذا الشرط ، أن يكون الخصمان قد قبلا المشاركة في المباراة أو اللعبة عن طواعية ، دون اكراه أو خداع ، وبحيث تتوافر حسن النية . (1)

ثالثا : مراعاة قواعد اللعب :

يشترط أن يكون اللاعب ، الذي أحدث الاصابة راعى أصول وقواعد الرياضة الممارسة ، أي أن يتقيد

(1) د : عثمان سعيد عثمان — مرجع سابق — ص : . 461 .
د : علي راشد — مرجع سابق — ص 510 .
انظر المواد : 261 — 264 ع جزائري — 185 ع سوري . 86 ع لبناني .
16 ع قطري — 62 ع اردني . 31 ع كويتي . 41 ع عراقي . 82 ع تونسي .
29 ع يمني ديمقراطي . 124 ع مغربي . 69 ع ليبي .

(I) Bouzat _P : 227. Garraud _ P : 327.
Garçon _ P : I55; Williams _ P : 732.
Donnedieu de Fabres _ P : 245.

تقيدا تاما بقواعد اللعبة ، أثناء المباراة ، فاذا ما خرج عليها أعتبر مسئولا ، فلا يكون مستعملا حقا اذا قصد مجرد الاضرار ، بحيث قد يتستر وراء الحق لشفاء ضغائن واحقاد ، وبالجملة يجب أن يكون الرياضي حسن النية ، موجها ارادته الى الغاية المقصودة باباحة اللعب، كما يشترط مراعاة الحدود المقررة في الرياضة ، ولكل رياضة قواعد تقررها الهيئات المشرفة على الألعاب الرياضية ، وطنية كانت أو دولية ، ففي الملاكمة مثلا ، لا يجوز للملاكم أن يستعمل غير القفاز الخاص بالملاكمة ، وأن لا يضرب خصمه في أسفل بطنه أو في ظهره ، فان فعل ذلك أو وضع في قفازه جسما صلبا ، سئل عن ذلك .

المطلب الثاني : حكم العمل الرياضي .

ان تخلف شرط من شروط التبرير ، يفقد التبرير قيمته ، وكان الاصابة قد اتخذت صفة الجريمة العادية ، فتطبق عليه أحكام قانون العقوبات .

أما اذا اقترن الفعل الرياضي بخطأ ، خضع تقدير الخطأ للقواعد العامة ، ووجود القصد أو عدم وجوده ،

أمر متوقف اثباته على ظروف كل واقعة وملابساتها .

أما اذا كان شرط التبرير متوافرا ، وحدثت اصابة جسيمة ، من كسر أو وفاة ، فلا مسئولية على الفاعل ، وتحليل ذلك أنه =. لا يكون للاصابة — خاصة في حالة الوفاة — دخل فيها ، وانما تعود الوفاة الى علة خفية شابت صحة الرياضي ، لم تكن معروفة ، أو كان من غير الممكن العلم بها ، ومن شأن هذه العلة ، أن تقطع صلة السببية بين العمل الرياضي ، والحادث الذي تحققت بمناسبته ، فتنتفي المسئولية = .(1)

وقد حكم = بعقوبة الجرح العمد ، على لاعب في فريق للرجبي ، لكم لاعبا في الفريق الخصم على شفته العليا ، بعد أن كان هذا اللاعب قد تخلى عن الكرة = .(2)

وأيضا تتخذ الواقعة ، صفة الجريمة العادية ، اذا ما وقعت الاصابة في رياضة غير معترف بها قانونا أو عرفا أو كانت خارج مباراة رياضية .(3)

أما علة التبرير في العمل الرياضي ، حسب رأينا ، فانها تعود الى دفع خطر الهزيمة ، والذي ينفي نية العمد وان محققا المصلحة العامة .

---

(1) د :مصطفى القللي — المرجع — ص : 257 . د : علي بدوي — المرجع — ص 398
(2) د : رمسيس بهنام — المرجع — ص 361 . د : السعيد مصطفى السعيد ص 170 .
(3) د : محمود محمود مصطفى — المرجع — ص : 120 . د : محمد الفاضل — المرجع ص 362 . د : عبد الوهاب حومد — المرجع — ص 458 . : عبد القادر عودة — ج 1 ص 457 .

خلاصة الباب الثالث .

================

مما يستخلص من هذا الباب الأخير ، هو أنه يرد بالقانون ، بعض التطبيقات للقاعدة التي تنص على استعمال الحق كسبب لتبرير ارتكاب الجريمة أو الفعل المجرم .

ولكن هذه التطبيقات متفرقة في شتى الميادين ، بحيث لا علاقة بعضها ببعض ، وفعلا لا توجد علاقة بين الدفاع المشروع ، وبين الاجهاض الذي يرجع الى ميدان الطب وبين ممارسة الرياضة الفنية ، التي تعود الى علم الاجتماع . والتأديب الذي يبحثه علم التربية ، والقاء القبض على مجرم متلبس بارتكاب الجريمة ، الذي يدمج في ميدان الحريات الفردية . الخ .

واضافة الى ذلك ، لا يوجد مصدر قانوني وحيد لتلك التطبيقات ، فهي متناثرة هنا وهناك ، بحيث أن بعضها يصدر تارة عن العرف ، وتارة عن الشريعة الاسلامية ، وأخرى عن التشريع .

والجدير بالملاحظة ، أن هذه التطبيقات ، تجسد آثارا من النظم القانونية القديمة ، لم ينظمها المشرع بعد ، ولكن من المحتمل أن يتدخل المشرع في هذه الميادين ، التي تتميز بشبه فراغ قانوني لكي يجسده .

ولعل مفهوم (دفع الخطر) قد أوجد تلك العلاقة المفقودة بين سائر تطبيقات استعمال الحق ، أو شيئا منها .

الخاتمة .

تناولنا بالبحث ، استعمال الحق كسبب للتبرير ، موضوع الرسالة ، حيث افتتحنا البحث ، عما اذا كان استعمال الحق ، ينال تبرير القانون الجنائي أم لا ينال له ؟ تحققنا ، أن هذا التبرير واقع فعلا بموجب المادة : ٣٩ ع / ف1 التي تقرر = مبدأ التبرير = في القانون الجنائي عامة ، وفي استعمال الحق ، خاصة .

هذا المبدأ الذي يجيز لصاحب الحق أن يأخذ حقه بنفسه ، في فعل يعتبر أساسا جريمة ، وأن البت فيه من اختصاص العدالة وحدها .

الأمر الذي تأتى عنه ، ظهور تناقض في النظام القانوني الواحد في الدولة ، بين = مبدأ التبرير في استعمال الحق = والمبدأ الأصولي ، الذي يقرر = أنه لا يجوز لأحد أن يأخذ الحق بنفسه = أو = أن الانسان لا يقيم العدالة لنفسه = .

لقمنا بمحاولة ازالة هذا التناقض بين المبدأين ، وذلك بتوضيحنا لمفهومين ، الأول := الاعتداء ، والرد على

الاعتداء بالاعتداء "، والثاني " دفع الخطر ".

مفهوم " دفع الخطر " هذا الذي اتخذناه محورا للرسالة ، بحيث دارت حوله جميع فروع موضوعها ، تقريبا ، في الأبواب الثلاثة ، في التبرير والشروط والتطبيقات.

اذ كان الحل لكثير من المعضلات التي لم يتوصل الفقه بشأنها ، الى قول حاسم ، حيث تضاربت الآراء ، وتعددت.

فبمفهوم " دفع الخطر " :

أولا : أزلنا التناقض بين " مبدأ التبرير في استعمال الحق " ومبدأ " أن الانسان لا يقيم العدالة لنفسه " ، على اعتبار أنه نافيا ، لفكرة الاعتداء ، محققا المصلحة العامة ، التي هي أولى بالاعتبار.

ثانيا : اهتدينا به ، الى علة التبرير في استعمال الحق ، باعتبار أن مفهوم دفع الخطر ، يقترب من مفهوم "أداء الواجب" ، وأن هذا المفهوم هو الذي حمل المشرع ، لاعطاء الحق أولا ، ومن ثم تبريره ثانيا.

ثالثا : مفهوم دفع الخطر ، هذا ، هو الذي جعل المشرع يقرر ، على أن لا جريمة في استعمال الحق هذا ، نافيا كل مسئولية عن فاعله أيا كان ، وهذا ما يجعل سبب الاباحة ذو صفة موضوعية ، وآثار موضوعية ، متخلفا بذلك

عن كل من موانع العقاب ، وعدم المسئولية الجنائية .

رابعا : جعلنا من فكرة = التناسب = بين القوة المستعملة لدرء الخطر أو دفعه ، وبين جسامة الخطر ، معيارا للتجاوز في استعمال الحق ، وهي فكرة مأخوذة من مفهوم دفع الخطر ، ومن مضمون المادتين : 39ف2 و 40 ع ومن مضمون المادة : 41 مدني ، التي تحكم أو تحتوي نظرية التجاوز أو التعسف في استعمال الحق .

خامسا : أدخلنا شرط حلول الخطر ، كأحد الشروط الرئيسية ، لصحة استعمال الحق ، الى جانب شرطي وجود الحق ، وحسن النية ، وقد عممنا هذا الشرط على سائر تطبيقات استعمال الحق ، ولم نجعله مقتصرا على حق الدفاع المشروع ، باعتبار أن الدفاع المشروع ، ما هو الا واحدا من تلك التطبيقات ، وعلى ما نظن قد طبقنا هذا حتى على تلك التي لا يظهر فيها حلول الخطر أو وجوده للوهلة الأولى ، كحق ممارسة الرياضة والتأديب .

سادسا : مقترحين أن تكون فكرة = دفع الخطر = محور البحث في = أداء الواجب = ، مثلما جعلناها في استعمال الحق .

سابعا : ومن مفهوم دفع الخطر ، عرفنا أسبابا لاباحة أو أفعال التبرير ، بأنها = حالات دفع الخطر = ، على اعتبار أن استعمال الحق هو أحد عناصرها ، وبالتالي خاضع لأحكامها .

واذا كان لا بد من اظهار ثمرة هذا الجهد في الرسالة

وبكلمات قليلة ، فاننا نقول :

أولا : محاولة الاسهام في وضع لبنة لنظرية عامة لاستعمال الحق كسبب للتبرير في القانون الجنائي ، من خلال هذه الرسالة .

ثانيا : جمع شتات أهم التطبيقات لاستعمال الحق ، سواء منها القانونية أو العرفية أو الناجمة عن الشريعة الاسلامية .

ثالثا : تحديد نطاق نظرية استعمال الحق كسبب للتبرير بالنسبة للتشريع الجزائري ، في اعمال نص المادتين : (39 و 40) من قانون العقوبات ، والمادة : 41 من القانون المدني ، فهذه المواد هي التي تحكم تقريبا استعمال الحق وهم الوعاء المبادىء الأساسية فيه .

رابعا : محاولة حل معضلة تضارب وتعدد الآراء في هذا الموضوع ، وخاصة من حيث : علة التبرير وآثاره وشروطه ، ومعيار التجاوز في استعمال الحق ، وذلك باستدائنا لمفهوم = دفع الخطر = ، وتعميمه على سائر تطبيقات استعمال الحق .

وختام القول ، نقترح تعديل نص المادة : 308 ع ، بحيث تكون كلمة (لا جريمة) بدل كلمة (لا عقوبة) ، كونها تتضمن استعمال حق كسبب للتبرير لا غبار عليه .

المراجع :

1) الكتب :

1) د. علي راشد ... القانون الجنائي - دار النهضة - طبعة ثانية - 1974 .

2) د. عبد المنعم فرج الصدة ... أصول القانون - دار النهضة العربية - بيروت 1978 .

3) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ... النظرية العامة للمسئولية الشرطية - منشأة المعارف الاسكندرية - 1974 .

4) د. محمود نجيب حسني ... النظرية العامة للجريمة - القسم العام - دار النهضة العربية - 1962 .

5) = = = ... أسباب الاباحة في التشريعات العربية - معهد الدراسات العربية - 1962 .

6) د. فتحي الدريني ... الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده - مؤسسة الرسالة - بيروت - 1977 .

7) = = = ... نظرية التعسف في أستعمال الحق - مؤسسة الرسالة - بيروت - 1977 .

8) د. محمود محمود مصطفى ... شرح قانون العقوبات - القسم العام - مطبعة جامعة الأزهر - 1974 .

9) د. رؤوف عبيد .... مبادئ القسم العام من التشريع العقابي - ط2 - دار الفكر العربي - 1979 .

10) د. أحمد فتحي سرور ... أصول قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة - 1971 .

11)د : رمسيس بهنام ... النظرية العامة للقانون الجنائي - ط3 -
منشأة المعارف - 1971 .

12)د : عبد الوهاب حومد ... الحقوق الجزائية العامة - طبعة سادسة -
المطبعة الجديدة - دمشق - 1963 .

13)د : محمد الفاضل ... المبادئ العامة للتشريع الجزائي - طبعة
ثانية - مطبعة الاحسان - دمشق - 1973 .

14)د : رضا فرج ... شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام
الشركة الوطنية للنشر والتوزيع - الجزائر .

15)د : ابراهيم زكي أخنوخ ... القانون الجنائي الدولي - مطبوعات جامعة
الجزائر - 1976 .

16) = = = = ... حالة الضرورة في قانون العقوبات -
دار النهضة - 1969 .

17)د : عوض محمد ... الوجيز في قانون العقوبات - القسم العام -
دار المطبوعات الجامعية - 1976 .

18)د : أبو اليزيد علي المتيت... البحث العلمي عن الجريمة - مؤسسة شباب
الجامعة - الاسكندرية - 1976 .

19)د : سعاد الشرقاوي ... نسبية الحريات العامة وانعكاسها على التنظيم
القضائي - دار النهضة - 1979 .

20)د : صبحي المحمصاني ... أركان حقوق الانسان - دار العلم للملايين -
طبعة أولى - بيروت - 1979 .

21)د : ثروت أنيس الأسيوطي ... مبادئ القانون (1 - القانون . 2 - الحق)
دار النهضة - القاهرة - 1974 .

22) = = = المنهج القانوني (1 و 2) مطبعة جامعة
وهران - 1977 - 1978 .

23) محمد سلام مدكور... نظرية الاباحة - دار النهضة - القاهرة 1965

24) محمد أبو زهرة... التشريع الجنائي في الشريعة الاسلامية -
الجريمة - دار الفكر العربي -.

25) عبد القادر عودة ... التشريع الجنائي الاسلامي - (ج 1 - 2) دار الكتاب العربي - بيروت .
26) د. طعيمه الجرف ... مبدأ المشروعية - مكتبة القاهرة الجديدة 1963 .
27) عبد القادر الشوي ... التشريع الجنائي الاسلامي والوضعي - المكتبة العصرية - بيروت .
28) ابن جزي ... القوانين الفقهية - تونس - 1926 .
29) د. طعيمة الجرف ... نظرية الدولة - مكتبة القاهرة الحديثة 1963 .
30) د. حسن علام ... التنفيذ العقابي - مطبوعات جامعة الجزائر - 1974 - 1975 .
31) د. محمود السقا ... فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية [illegible] والقانونية دار الفكر - 1979 .
32) د. حسن كيره ... أصول القانون - مطبعة دار المعارف 1960 .
33) د. زهدي يكن ... الأعمال غير المباحة - المكتبة العصريه - بيروت .
34) هنري باتيفول ... فلسفة القانون - ترجمة سموحي فوق العادة - بيروت - 1970 .
35) هنري ليفي برول ... سوسيولوجيا الحقوق - ترجمة عيسى عصفور 1974
36) السيد ياسين ... دراسات في السلوك الاجرامي - دار الفكر العربي - 1963 .
37) حسني نصار ... حقوق الطفل - منشأة المعارف الاسكندرية 973
38) محمود كامل المحامي ... القانون الدولي العربي - دار العلم للملايين - بيروت - 1965 .
39) د. عادل العجلاني ... الوجيز في الحقوق الادارية - مطابع الفكر - 1959 .
40) د. فؤاد شباط ... الحقوق الدولية العامة - طبعة ثالثة - دمشق - 1961 .
41) د. كمال الغالي ... مبادئ القانون الدستوري - مطبعة جامعة دمشق - 1965 .

42)د : أد مون ربّاط ... الوسيط في القانون الدستوري (ج 1 — 2) بيروت .
43)د : آمال عبد الرحيم عثمان ... الخبرة في المسائل الجنائية — جامعة القاهرة دار المعارف بالقاهرة — 1964 .

2) الرسائل :

1)د : لحوابدي عمار ... استعمال السلطة في القانون الجزائري — مكتبة معهد الحقوق — 1981 .
2)د : اسحق ابراهيم منصور ... ممارسة السلطة وآثاره في قانون العقوبات — دار الرائد — 1974 .
3)د : عثمان سعيد عثمان ... استعمال الحق كسبب للاباحة — القاهرة 1968 .
4)د : ابراهيم زكي أخنوخ ... حالة الضرورة في قانون العقوبات — دار النهضة — 1969 .
5)د : سليمان الطماوي ... نظرية التعسف في استعمال السلطة — جامعة عين شمس — طبعة ثالثة — 1978 .
6)د : قدري عبد الفتاح الشهاوي ... أعمال الشرطة اداريا وجنائيا — منشأة المعارف — طبعة ثانية — 1971 .
7)د : فتحي الدريني ... نظرية التعسف في استعمال الحق — مؤسسة الرسالة — طبعة ثانية — 1977 .
8)د : محمود عثمان الهمشري ... المسئولية الجنائية عن فعل الغير — دار الفكر 979 .
9)د : محمود سلام زناتي ... أهلية المرأة في القانون الروماني والشريعة الاسلامية — باريس — 1956 .
10)د : السعيد مصطفى السعيد ... مدى استعمال الحقوق الزوجية وما تتقيد به في الشريعة الاسلامية — القاهرة — 1939 .

3) البحـــوث :

1) د : محمود نجيب حسني ... الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات – مجلة القانون والاقتصاد – س: 29 – عدد: 3 سبتمبر 1959 – ص: 529 – 624 .

2) محمد زيد وحسن المرصفاوي .. معايير القبض – المجلة الجنائية القومية – مج 13 عدد: 1 مارس 1970 – ص: 03 – 40 .

3) د: محمود [illegible] مصطفى القللي . مسئولية الطبيب من الوجهة الجنائية – مجلة القانون والاقتصاد – س: 2 – ص: 319 .

4) د: محمود محمود مصطفى ... مسئولية [illegible] الاطباء [illegible] والجراحيين الجنائية – مركز الاطباء في التشريع الجنائي – اباحة التطبيب والجراحة – مجلة القانون والاقتصاد – س: 18 – 1948 – ص: 279 .

5) د: رؤوف عبيد ... المسئولية الجنائية للأطباء والصيادلة في قضاء حديث لمحكمة النقض – مجلة مصر المعاصرة – س: 51 عدد: 299 يناير 1960 – ص: 27 .

6) د: محمود محمود مصطفى ... بحث في وفاة المريض بتأثير البنج – مجلة المحاماة س: 19 – 1940 ص: 1188 .

7) فؤاد أبو الذهب .. تحديد خطأ لاعب التنس تعليق على حكم الاستاذ: أندريه تونك – مجلة ادارة قضايا الحكومة – س: 8 – عدد: 2 – 1942 – ص: 145 .

8) د: ثروت أنيس الأسيوطي ... المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية – مجلة مصر المعاصرة – س: 59 ع: 332 . يوليو 1968 – ص: 161 – 239 .

9) د : محمود نجيب حسني ... الخطأ غير العمدي في قانون العقوبات ـ مجلة المحاماة ـ س: 44 . فبراير ـ مارس 1964 .

10) د : آمال عبد الرحمن ... جريمة القذف . دراسة مقارنة ـ مجلة القانون ـ والاقتصاد . س: 32 ديسمبر 1968 . ص: 737 .

4) مواثيق ـ دساتير ـ قوانين :

1) الميثاق الوطني الجزائري ... حزب جبهة التحرير الوطني ـ 1976 .
2) الدستور الجزائري ... = = = = ـ 1976 .
3) الدستور السوري ... مرسوم 199 ـ 3/ 7/ 1973 .
4) الدستور العراقي المؤقت ... 1970 .
5) قانون الاسرة الجزائري ... 9/ 6/ 1984 ـ قانون رقم : 11/ 4/ 1984 .
6) قانون الأحوال الشخصية العراقي ... 1959 .
7) قانون الأحوال الشخصية السوري ... 1953 .
8) قانون رعاية القاصرين ... العراق ـ 1980 .
9) الأحكام الشرعية ... قدري باشا ـ منشورات المحامون ـ دمشق .
10) قانون العقوبات الجزائري ... وتعديلاته ـ محمد داالمبيـقوبي ـ 1977 .
11) قانون الاجراءات الجزائري ... وتعديلاته ـ 1982 . أمر: 155/ 1966 .
12) قانون الاجراءات المصري ... دار الفكر العربي .
13) القانون المدني الجزائري ... 1976 ـ وتعديلاته : 1983 .
14) قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري .. 1968 .
15) قانون عقوبات ... جمهورية اليمن الديمقراطية ـ المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة ـ بغداد 1980 .
16) قانون الجزاء الكويتي .. المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ـ 1960 .
17) قانون العقوبات القطري ... = = = = ـ 1974 .
18) قانون العقوبات التونسي ... = = = = ـ 1980 .

19) قانون العقوبات الليبي ... المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ـ 1980.

20) قانون عقوبات سلطنة عمان ... = = = = ـ 1980.

21) قانون العقوبات العراقي ... = = = = ـ 1973.

22) قانون العقوبات السوداني ... = .. 1974.

23) قانون العقوبات المغربي ... =.. 1976.

24) قانون العقوبات اللبناني .. =.. 1981.

25) قانون العقوبات للامارات العربية المتحدة .. =... 1980.

26) قانون العقوبات الجنائي الاردني ... =.. 1980.

27) قانون العقوبات السوري .. =.. 1953.

28) قانون العقوبات المصري .. =.. 1962.

29) قانون العقوبات الفلسطيني ... 1978.

30) قانون لعبة تنس الطاولة .. الكويت ـ 1978.

31) قانون لعبة تنس الطاولة .. السعودية ـ 1978.

32) قانون التربية البدنية والرياضية ... الجزائر ـ 1976.

---

5) جرائد ـ نشرات ـ مجلات:

1) جريدة رسمية جمهورية الجزائرية .... عدد: 7 . س: 19 . تعديل قانون العقوبات والاجراءات بالقانون رقم: 3 و 4/ 1982.

2) = = = ... عدد: 44 . س. 5 . قانون أطباء الصحة العمومي . مرسوم رقم: 321/ 1968.

3) = = = ... عدد: 79 . س . 12 . قانون المحاماة .

4) = = = ... عدد: ... 5 . تعديل القانون المدني 1983.

5) = = = ... عدد: 24 . س . 21 ـ 12/ 6/ 1984 . يتضمن قانون الاسرة رقم: 11 / 1984.

6) جريدة رسمية سوريه ...	عدد : 4 ، 12 . قانون مهنة الطب . 1/ 1/ 970
7) عناصر وثائقيه ...	وزارة قدماء المجاهدين ـ المتحف الوطني .1976
8) وثائق اعلاميه ...	نمبرايرـ مايو 1979 ـ مديرية الاعلام الجزائرية
9) نشرة القضاة ... م	من سنة : 1970 حتى : 1981 ـ وزارة العدل ـ مديرية التشريع ـ الجزائر .
10) مجلة التربية ...	وزارة التربية الوطنية ـ الجزائر .
11) مجلة الوحدة ...	اتحاد الطلبة الجزائريين .
12) مجلة ادارة قضايا الحكومة ..	مصر .
13) المجلة الطبية ...	اتحاد الاطباء العرب ـ تونس .
14) مجلة التشريع والقضاة ..	مصر .
15) مجلة مصر المعاصرة ...	= .
16) مجلة القانون والاقتصاد ..	= .

المراجع الأجنبية :

I - GASTON STEFANI _ GEORGE SLEVASSEUR: Droit Penal General - 3é Edition - 9é Ed _ Dallos _ Paris- I976.

2 _ = = =: Procédure Penal _ 9é Edition _ Dallos _Paris I975.

3 _ = = =: Droit Penal Général Et Criminologie _ Paris _ I957 .

4 _ VIDAL (G) Et MAGNOL (J) : Cours de droit criminel et science pénitirire _ 8é edition _ Paris _ I935.

5 _ ROUX (J) : Cours de droit criminel français _ 2é Edition _ I927 .

6 _ DONNEDIEU DE FABRES : Traité elémentaire de droit Criminel _ I947 .

7 _ DALLOZ : Code penal annoté _ I88I I899 .

8 _ GARRAUD : Traité theorique et pratique de droit penal français _ 3éed_ I935 .

9 _ GARçON : Code penal annoté _ I90I _ I9II .

IO_ BOUZAT : Traité theorique et pratique de droit penal _ I95I .

II _ GABRIEL (M) PIERRE (R) : Droit civil.2é Edition_ Nouvelle edition _refonue et mise§jourpar roussepation maro ancele paris _ I980 .

I2 _ JOSSERAND : L'esprit des droit et I eur relativiti théo_ riedites de L'abus des droit _ 3é edition _ paris _ I939 .

I3 _ ROSSI : traité de droit crimi _ nel _ I863 .

I4 _ BOUZAT(P) et PINATEL(J) : Traité de droit penal et criminologie _ paris 1963 .

I5 _ BROMLEY'S : Family law _ London _ 1966 .

I6 _ CLARK _ MARSHAL : The Law of crimes _ 6é edition _ chicago _ 1958 .

I7 _ GILES.F.T : The criminal Law _ London 1961 .

I8 _ RATANLAL (R)and THAKORE (D) : The Law of crimes _ 2é edition _ 1961 .

I9 _ CROSS _ JONES : introduction to criminal Law _ 1966 .

20 _ WILLIAMS(GLANVILLE) : Criminal Law 'the General part 2ed _ 1961 .

الفهـــــــــرس .

============